

Derecho internacional de inversiones

Evolución del Derecho internacional de Inversiones:
hacia un régimen global estable

Gustavo Prieto

Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos
constitucionales sobre la inversión privada extranjera
en el Ecuador

Gustavo Guerra

Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje
internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento
de las instituciones domésticas?

Nicolás Perrone

La competencia de la Unión Europea en la inversión
extranjera directa

María José Luque

Importación paralela de productos farmacéuticos
como un problema entre derechos de propiedad intelectual
y Derecho de la competencia de la Comunidad Andina
y la Unión Europea

Stefan Kirchner

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2012 • Número 17

FORO, revista de Derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional, resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR DEL ÁREA: César Montaña Galarza.

EDITOR DE LA REVISTA: Ernesto Albán Gómez.

COMITÉ EDITORIAL: Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar), Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), José Vicente Troya (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Rosario Valpuesta (Universidad Pablo de Olavide), Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

COORDINADOR DEL NÚMERO: Gustavo Prieto.

NOTA DEL EDITOR: La coordinación del número 16 de *FORO*, segundo semestre de 2011, estuvo a cargo de María Elena Jara Vásquez.

COORDINADORA EDITORIAL: María José Ibarra González.

SUPERVISOR EDITORIAL: Jorge Ortega.

CORRECCIÓN: Ana María Jalil.

DIAGRAMACIÓN: Margarita Andrade R.

CUBIERTA: Raúl Yépez.

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.



**CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL**



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

20 años

FORO aparece en los índices *LATINDEX, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*; y, *PRISMA, Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas*.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 17 • I semestre 2012

	Editorial <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
TEMA CENTRAL	DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES	
	Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable <i>Gustavo Prieto</i>	5
	Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la inversión privada extranjera en el Ecuador <i>Gustavo Guerra</i>	31
	Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas? <i>Nicolás Perrone</i>	63
	La competencia de la Unión Europea en la inversión extranjera directa <i>María José Luque</i>	89
	Importación paralela de productos farmacéuticos como un problema entre derechos de propiedad intelectual y Derecho de la competencia de la Comunidad Andina y la Unión Europea <i>Stefan Kirchner</i>	107
RECENSIONES	María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., <i>LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DEBATES, ALCANCES Y NUEVA AGENDA</i> , por <i>María Paz Ávila Ordóñez</i>	123
	Andrew T. Guzmán, <i>CÓMO FUNCIONA EL DERECHO INTERNACIONAL, UNA TEORÍA DE ELECCIÓN RACIONAL</i> , por <i>Gustavo Prieto M.</i>	135
JURISPRUDENCIA	Análisis del dictamen No. 023-10-DTI-CC de la Corte Constitucional para el período de transición referente al “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital” (caso No. 0006-10-TI) <i>Christian Masapanta</i>	141
	Colaboradores	177
	Normas para colaboradores	179

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 17 • I semestre 2012

	Preface from the editor <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
MAIN THEME	INTERNATIONAL INVESTMENT LAW	
	Evolution of International Investment Law: towards a stable global regime <i>Gustavo Prieto</i>	5
	The statutory provisions for the development of constitutional principles on private foreign investment in Ecuador <i>Gustavo Guerra</i>	31
	Bilateral Investment Treaties and International Arbitration: towards the improvement of domestic institutions? <i>Nicolás Perrone</i>	63
	The competence of EU on foreign direct investment <i>María José Luque</i>	89
	Parallel imports of pharmaceuticals as a problem between intellectual property rights and competition law in the Andean Community and the European Union <i>Stefan Kirchner</i>	107
REVIEWS	María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, <i>FREEDOM OF EXPRESSION: DEBATES, SCOPE AND NEW AGENDA</i> , by <i>María Paz Ávila Ordóñez</i>	123
	Andrew T. Guzmán, <i>HOW INTERNATIONAL LAW WORKS, A RATIONAL CHOICE THEORY</i> , by <i>Gustavo Prieto M.</i>	135
CASE LAW	Analysis of the Ruling No. 023-10-DTI-CC of The Ecuadorian Constitutional Court related with the “Treaty between the Republic of Ecuador and the Federal Republic of Germany for the Promotion and Protection of Capital Investments” (case No. 0006-10-TI). <i>Christian Masapanta</i>	141
	Collaborators	177
	Rules for Collaborators	179

Editorial

El Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, con la actual edición de la Revista de Derecho FORO, presenta varios artículos sobre tópicos del Derecho internacional de inversiones, disciplina joven que tiene repercusiones de variada índole, nacionales e internacionales, tanto para los estados receptores como para los inversionistas.

En esta línea de trabajo, José Gustavo Prieto escribe sobre “Evolución del Derecho internacional de inversiones: apuntes hacia un régimen global estable”, donde realiza un análisis sobre la evolución de la regulación a la inversión en la historia del Derecho internacional, desde su formación hasta el presente régimen emergente global de inversiones, que en la actualidad ha generado varias tensiones entre los diferentes estados receptores e inversores de capital.

Con el artículo titulado “Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la inversión privada extranjera en el Ecuador” Gustavo Guerra parte del análisis de las normas que regulan la inversión extranjera en contraposición con las disposiciones constitucionales de nuestro país, a fin de determinar su armonía o detectar las inconsistencias, para a partir de ello presentar una propuesta normativa que tienda a desarrollar la presencia de una inversión extranjera que se adecue al mandato constitucional y al medio jurídico internacional.

El escrito de Nicolás M. Perrone presenta su estudio sobre “Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?”, que constituye el tercer trabajo de una serie de estudios sobre la interacción y los efectos del régimen internacional de inversiones en las instituciones domésticas administrativas y judiciales, a partir de la premisa de que el objetivo debe ser proteger al inversor extranjero en un marco institucional que constituya un incentivo positivo hacia una economía de mercado democrática.

María José Luque presenta su estudio referente a “La competencia de la Unión Europea en la inversión extranjera directa” contiene un análisis breve de los distintos aspectos relativos a la inclusión del concepto de “inversión extranjera directa” en la política comercial común de la Unión Europea, reformada por el Tratado de Lisboa, así como también las distintas posturas sobre el alcance de esta política con relación a este concepto y, los posibles efectos de dicha competencia para los trata-

dos bilaterales de inversión celebrados entre los países miembros y, de estos con terceros estados.

Finalmente, contamos con un aporte de Stefan Kirchner que estudia la “Importación paralela de productos farmacéuticos como un problema entre derechos de propiedad intelectual y Derecho de la competencia de la Comunidad Andina y la Unión Europea”, en el cual se analiza la operación comercial de importación paralela de medicinas dentro del Derecho de la Unión Europea, en comparación con la norma andina que regula la competencia en la Comunidad Andina, bajo el límite del Derecho a la competencia y del Derecho de propiedad intelectual.

Confiamos que esta entrega, tal como ha sucedido con las anteriores, contribuya a elevar el debate sobre las nuevas disciplinas jurídicas que interesan sobremanera a los juristas, y en general a los distintos agentes del sistema económico.

Ernesto Albán Gómez
Editor

Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable

*Gustavo Prieto**

RESUMEN

En los últimos años, los flujos de inversión han crecido a nivel mundial y junto con estos se ha producido un desarrollo normativo que comprende la creación de más de 3.000 tratados bilaterales y regionales. Estos tratados comparten similares estándares sustantivos de trato, así como procedimientos similares de solución de controversias. Por esta razón, se ha conceptualizado a este conjunto de normas en el derecho internacional como un régimen emergente global de inversiones, el cual está generando constantes tensiones entre estados. La creación de este régimen emergente no es espontánea, ya que proviene de un complejo proceso de evolución que se desarrolla a través de la historia del derecho internacional. El presente trabajo analiza la historia y evolución del Derecho Internacional de Inversiones, e identifica los puntos clave que deben ser considerados en la construcción de una regulación integral de la inversión extranjera.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional de Inversiones, régimen global de inversiones, tratados Bilaterales de Inversiones, arbitraje internacional.

SUMMARY

In recent years, investment flows worldwide have rapidly increased, and along with this there has been a regulatory development on the international level that includes the creation of more than 3000 bilateral and regional treaties. These treaties share similar substantive standards and dispute settlement mechanisms. For this reason, this legal framework has been conceptualized as an emerging global investment regime, which is generating constant tensions between states. The creation of this emerging regime was not a spontaneous development; on the contrary, it is the outcome of a complex evolutionary process that has developed through the history of International Law. This article analyzes the history and evolution of International Investment Law, and identifies the key elements of the current emerging regime that shall be considered in the construction of a comprehensive regulation of foreign investments.

KEY WORDS: International Investment Law, global investment regime, bilateral investment treaties, international arbitration.

FORO

* Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Investigador sobre temas de Derecho Internacional Económico y de Inversiones.

INTRODUCCIÓN

La última década del siglo XX y los primeros años del siglo XXI se han caracterizado por un gran incremento de los flujos de inversión extranjera directa a nivel global. Según datos de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) en la década de los noventa los flujos de inversión extranjera se cuadruplicaron.¹ Junto a este crecimiento, se empezó a evidenciar un desarrollo normativo tanto a nivel nacional como internacional. En el contexto internacional se creó una gran cantidad de tratados tanto bilaterales como regionales y actualmente existen más de 6.000 tratados que regulan directa o indirectamente la inversión extranjera y que actualmente se los considera como un régimen global emergente. Adicionalmente a esta gran cantidad de tratados, en su mayoría bilaterales, se ha generado un sinnúmero de precedentes de tribunales arbitrales y cortes internacionales, que han añadido interpretaciones opuestas sobre los principios y reglas que conforman el régimen emergente. La inversión extranjera en este contexto continúa generando constantes tensiones entre países desarrollados y en desarrollo.

El presente trabajo pretende establecer y analizar el proceso de evolución normativo que ha tenido la inversión dentro del Derecho internacional, así como identificar las tendencias dentro de la sociedad internacional que han influido en el régimen actual de tratados bilaterales y regionales. La aproximación a este proceso evolutivo se realizará en cinco partes: 1. Una descripción desde el período antiguo del Derecho internacional hasta el tiempo de la colonia; 2. El estudio de la época colonial y la expansión de la economía mundial en el siglo XIX; 3. Una mirada a la inversión durante el colapso de la economía mundial y las dos guerras mundiales; 4. La regulación de la inversión durante la reconstrucción del orden económico mundial y los fallidos intentos multilaterales; y 5. La construcción del actual régimen emergente desde el bilateralismo y regionalismo.

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Existen tres conceptos fundamentales que a continuación se definen brevemente: inversión extranjera directa; inversión de cartera o portafolio; y, el riesgo político. Los dos primeros nacen de la complejidad de la definición de la noción de inversión en el

1. Informe de la UNCTAD, citado por Rudolf Dolzer y Chrisoph Schreuer en *Principles Of Investment Law*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2008, p. 1.

Derecho internacional, mientras que el tercero –riesgo político– es un elemento esencial para la comprensión de la generación de un marco de protección de inversiones.

INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

E INVERSIÓN DE CARTERA

El concepto expresado como inversión puede variar de tratado en tratado y en muchos casos, como en el Tratado de creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), se ha evitado dar una definición exacta, dejando la puerta abierta para que tribunales arbitrales construyan esta definición a través del tiempo. En principio se puede afirmar que inversión es toda utilización de activos, de una entidad económica,² destinados a obtener un beneficio económico. Partiendo de este concepto, se puede establecer que inversión extranjera significa la utilización de activos en al menos una jurisdicción adicional al país de origen de la entidad económica propietaria de estos.

La inversión extranjera a su vez se divide en dos tipos: extranjera directa y de cartera, también denominada de portafolio. La primera, es cualquier utilización de activos, en uno o varios países distintos al país del propietario del activo, manteniendo un control y/o administración sobre estos. La inversión de cartera o portafolio carece de este elemento de control.

El elemento de control ha sido destacado por diferentes actores. Así Sornarajah define la inversión como: “Transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro con el propósito de uso en ese país para generar riqueza bajo el control parcial o total del dueño del activo”.³ Existen otros autores que atribuyen a la inversión extranjera directa otros elementos adicionales al control como el tener un proyecto a largo plazo, propósito de beneficios regulares y el riesgo del negocio,⁴ por lo tanto el elemento fundamental que diferencia a una inversión extranjera directa de una de portafolio es el control sobre la inversión, del cual se desprende la administración del activo en el Estado receptor. Para determinar la existencia de *control* sobre una inversión se ha utilizado en la práctica reciente, sobre todo por fines estadísticos, la regla del 10%, que es utilizada ampliamente por organizaciones internacionales, gobiernos y doctrina.⁵ Esta regla establece

2. El uso de la expresión *entidad económica* engloba a una gran variedad de sujetos que pueden ser titulares de una inversión, que se explicarán a lo largo del presente artículo, por ejemplo: personas, compañías, fondos soberanos de inversión, etc.

3. M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 7.

4. Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, p. 60.

5. Jeswald W. Salacuse, *The law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 21.

que si un inversor realiza una adquisición de un paquete accionario de una entidad económica en un monto igual o superior al 10%, se presumirá la intención de control y se contabilizará como Inversión Extranjera Directa.

RIESGO POLÍTICO

La inversión extranjera, en especial la directa, implica el internarse en un medio tanto legal como político extraño al inversionista, lo que trae consigo un riesgo especial que no se evidencia en la inversión de un mismo país, este es el riesgo que se denomina político. La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, (MIGA por sus siglas en inglés), ha definido el riesgo político como “la probabilidad de interrupción de las operaciones de compañías por fuerzas políticas y eventos, ya sea que estos ocurran en los países receptores o como resultado de cambios en el ambiente internacional”.⁶ Esta misma organización identifica siete escenarios⁷ que en la actualidad son entendidos como riesgo político: a) Transferencias y convertibilidad, entendidas como la inhabilidad de trasladar al país de origen las utilidades de una inversión; b) Expropiación, entendida como la pérdida de propiedad y control como resultado de acción directa del Estado receptor; c) Incumplimientos contractuales; d) No honrar obligaciones financieras soberanas; e) Terrorismo; f) Guerra; disturbios civiles; g) Cambios regulatorios adversos.⁸

ANTECEDENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y EL INICIO DEL PERÍODO COLONIAL

La inversión y el comercio son tan antiguos como la vida en comunidad, pero la relevancia de estos en el Derecho internacional radicó en establecer cuál es el trato que debe dar un Estado a los extranjeros cuando están en su territorio,⁹ y de ser el caso, determinar la responsabilidad internacional en caso de una afectación de la propiedad de estos extranjeros. Si bien es cierto que la internación de un extranjero en otro Estado genera diferentes interrogantes para el derecho, lo relevante en la inversión es la relación entre el particular con el Estado anfitrión. En primera instancia,

6. Multilateral Investment Guarantee Agency MIGA, *2011 World Investment and Political Risk Report*, Washington D.C., The international Bank for Reconstruction and Development, 2011, p. 21.

7. *Ibid.*, p. 21.

8. En este concepto se incluyen las pérdidas posibles por la falta de cumplimiento de laudos arbitrales que resulten de incumplimientos contractuales.

9. Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Portland, Hart Publishing, 2008, p. 8.

podría asumirse que una vez que un particular decide ingresar en otro territorio, queda subordinado a las normas del Estado anfitrión, pero la realidad ha demostrado que este tipo de situaciones traen consigo una serie de factores políticos que juegan un papel importante en las relaciones internacionales.

En el Derecho internacional primitivo, pueden encontrarse vestigios de este tipo de relaciones donde la regulación de extranjeros tomaba la forma de actos unilaterales del soberano de un territorio o de acuerdos bilaterales. En el caso de las concesiones mediante actos unilaterales, estas consistían en el otorgamiento de privilegios o exoneración del pago de derechos. Salacuse relata episodios en este sentido, como las concesiones del Rey Enrique II de Inglaterra para el establecimiento de comerciantes de Colonia en Londres en 1157, o el otorgamiento de privilegios extensivos del rey de Noruega en 1296 a mercaderes de Hamburgo.¹⁰ También tenían la forma de convenios o tratados, los cuales eran usados como instrumentos de dominación, como el Tratado entre el Rey de Francia y el Sultán Otomano en 1536, que favorecía a los comerciantes franceses aplicando el principio de extraterritorialidad de la ley francesa.¹¹

Posteriormente y luego del fin de la guerra de los treinta años en 1648, se considera el nacimiento del Derecho internacional moderno,¹² así como el principio de la sociedad internacional entendida como la relación de estados soberanos tanto en sus asuntos internos como externos.¹³ La importancia de este año radica en: a) la celebración de los tratados que pusieron fin a este conflicto, conocidos como los Tratados de Westphalia; b) el surgimiento de los Estados-Nación; c) las interrogantes sobre las normas que regulaban las relaciones entre estos Estados-Nación. En este período Vandeveldelde identifica al Tratado de Munster,¹⁴ dentro de los acuerdos de Westphalia como uno de los primeros en establecer disposiciones sobre la restitución de propiedad privada extranjera perdida durante la guerra.

En este período también existe el desarrollo de varias ideas de los primeros tratadistas del Derecho internacional público sobre la relación de los estados soberanos con los extranjeros de otros estados. Vitoria,¹⁵ identificado con la escuela del naturalismo, calificó las actividades comerciales como un Derecho natural inherente al hombre, entendiendo al comercio como una expresión del sentimiento de comuni-

10. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, p. 80.

11. *Ibid.*, pp. 82.

12. Sean D. Murphy, *Principles of International Law*, Washington, Thomson West, 2006, p. 21.

13. Adam Watson, *The Evolution of International Society, a Comparative Historical Analysis*, Abingdon, Routledge, 1992, p. 186.

14. Kenneth J. Vandeveldelde, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, Nueva York, Kindle edition/Oxford University Press, 2010, p. 617.

15. M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, p. 19.

dad. Al ser un Derecho natural, el trato al extranjero comerciante no podía ser diferente que el trato a los nacionales del Estado.

Posteriormente en 1758, De Vattel, en su tratado sobre la Ley de las Naciones, desarrolló la idea de la existencia de un estándar externo propio del Derecho internacional estableciendo un nivel mínimo de trato al extranjero. Se atribuye a De Vattel el desarrollo de la idea de que un Estado tiene el derecho de controlar y establecer las condiciones para la entrada de extranjeros, pero una vez que estos ingresan al territorio, el Estado anfitrión adquiere un deber ante el Derecho internacional de protegerlos.¹⁶ De igual forma De Vattel consideraba la propiedad del extranjero como una extensión de la riqueza de la nación, por lo tanto una afectación de esta debería constituir una afectación al Estado origen del extranjero.¹⁷ Este es el fundamento de la protección diplomática que se desarrollaría en el futuro.

EL PERÍODO DE LA COLONIA Y EL INICIO DE LA EXPANSIÓN ECONÓMICA MUNDIAL

El siglo XIX puede ser considerado como el inicio de la expansión económica mundial, y en ese sentido también como el principio de la misma globalización tal como la concebimos en nuestros días. Uno de los tratadistas que hace énfasis en este punto es Vandeveldelde quien señala al año de 1820 como el punto de partida de esta expansión, en que apenas el 1% de bienes se intercambiaban en el comercio internacional. Este autor señala tres eventos que permitieron esta expansión de la economía global.¹⁸ El primer factor fue el fin de las guerras napoleónicas en 1815, lo que trajo un período de cien años de paz en Europa, interrumpida únicamente por episodios aislados con excepción de la guerra de Crimea –hoy en día parte de Ucrania– que duró dos años pero que ha sido catalogada como periférica. En todo caso, incluso en este período, los bonos rusos que se encontraban en Londres fueron honrados durante el conflicto.¹⁹ Como segundo factor se menciona el advenimiento de la Revolución industrial que directa o indirectamente trajo consigo mejoras tecnológicas claves para la expansión económica y el aumento de la migración como: la locomotora, el bote a vapor, el telégrafo, entre otros. Finalmente, otro factor clave fue el reemplazo del mercantilismo por la teoría de economía liberal, que en otras palabras significa

16. Citado por Newcombe y Paradell, en Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009, p. 4.

17. *Ibid.*, p. 4.

18. Kenneth J. Vandeveldelde, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 649.

19. Karl Polanyi, *The Great Transformation The political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Kindle edition/Beacon Press, 2001, p. 273.

entender la productividad como la esencia de la riqueza de una nación y no el oro, como ocurría en el mercantilismo.

El tercer elemento clave que se desarrolla en este período es el uso de entidades legales como sujetos titulares de inversión extranjera. En tiempos anteriores, los sujetos que realizaban una inversión u operación comercial eran en su mayoría personas naturales, de ahí que los primeros tratadistas como Vitoria y De Vattel centraban su análisis sobre el trato de estos particulares negociantes con el soberano en un territorio extranjero. Sin embargo, desde mediados del siglo XIX, se empieza a utilizar en el Reino Unido un tipo de compañías conocidas como *Free-Standing* que era una especie de compañía limitada que permitía canalizar inversión extranjera directa inglesa principalmente en América del Norte.²⁰ Según Muchlinski, este tipo de compañías no era una forma de multinacional como las conocemos ahora, pero permitía acceder al mercado de capital de Londres para financiar operaciones en el extranjero relacionadas con ferrocarriles y minería.²¹ Las compañías *Free Standing* sin embargo fueron el principio de la introducción a gran escala de entidades legales en la inversión extranjera.

En este período también se produce un avance en el desarrollo de normas bilaterales internacionales con la implementación de los denominados Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. El primero lo celebraron entre Estados Unidos y Francia en 1778 pero su idea fue también adoptada por algunas potencias Europeas. Este tipo de tratados, si bien tenía una orientación comercial, incluía varios principios que luego serían recogidos por los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. En especial, en sus distintos tipos de redacciones se encontraron principios de no discriminación, especialmente con el uso de cláusulas con el estándar de Nación Más Favorecida y mediante la introducción, en algunos casos, de sistemas de arbitraje *ad hoc* entre estados. Este fue el caso del Tratado de Comercio y Navegación entre Estados Unidos y Gran Bretaña, también conocido como *Jay Treaty*, que estableció una Comisión para resolver, entre otras cosas, los reclamos de afectación a la propiedad de extranjeros durante y luego de la guerra de independencia de los Estados Unidos.²² La creación de este tipo de comisiones fue frecuente durante este período. Brownlie calcula que en el lapso entre 1840 a 1940 se crearon alrededor de sesenta comisiones de este tipo.²³ La importancia de la inclusión de estos mecanismos radica en el empleo de métodos pacíficos para la solución de controversias en materia comercial o de inversiones, contrarios al uso de la fuerza por parte de los estados para exigir el cobro de deudas de particulares.

20. Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 10.

21. *Ibid.*, p. 10.

22. Andrew Newcombe, Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, p. 7.

23. *Ibid.*, p. 7.

DOCTRINAS CALVO, DRAGO Y PORTER

El antecedente para la creación de estas doctrinas fue precisamente el uso durante casi todo el siglo XIX de la denominada diplomacia de los cañones, que no era otra cosa que la resolución de controversias derivadas del comercio mediante el uso de la fuerza²⁴ por parte de potencias principalmente europeas persuadidas por grupos de interés para enviar contingentes de barcos²⁵ con la misión de presionar a países más débiles, en su mayoría latinoamericanos.²⁶ Gran Bretaña fue el más activo de los estados europeos en Latinoamérica que, de acuerdo a cifras citadas por Vandavelde,²⁷ usó la fuerza al menos en cuarenta ocasiones para proteger intereses privados de sus nacionales en América Latina.

Carlos Calvo expuso en uno de sus textos lo que en el futuro sería conocido como la Doctrina Calvo, la cual busca nacionalizar la relación jurídica con el extranjero y puede ser resumida en dos postulados. El primero consiste en establecer el trato nacional como el trato mínimo que un Estado debe otorgar a extranjeros, lo que retoma una idea anterior de Vitoria, y puede resumirse de la siguiente forma: “La responsabilidad de los gobiernos frente a extranjeros no puede ser mayor de aquella que estos Gobiernos tienen frente a sus propios ciudadanos”.²⁸ El segundo postulado determina que cualquier disputa que se genere con un extranjero debe ser resuelta por las cortes locales del país anfitrión, promulgando nuevamente la igualdad entre nacionales y extranjeros.²⁹

24. James Thuo Gathii, “War’s Legacy in International Investment Law”, en *International Community Law Review*, vol. 11, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2009, pp. 353-386.

25. Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, p. 12.

26. Uno de los casos que ejemplifican este período fue el conflicto entre el británico Mackintosh y la Gran Colombia. En 1822 Mackintosh vendió y envió a la naciente república armamento, provisiones y recibió una negativa posterior al pago que debía realizarse en bonos del gobierno. La negativa de pago derivó en que el gobierno británico enviara un escuadrón de 5 naves, las mismas que se dirigieron a Cartagena y en 1857 emitieron un ultimátum al gobernador Narciso Jiménez amenazando bombardear la ciudad. Como fin anecdótico de la historia, curiosamente los tripulantes de los barcos británicos sufrieron una enfermedad tropical que les obligó a pedir cuidado a las personas a quienes tenían que bombardear originalmente. El bombardeo nunca se produjo ya que el oficial a cargo de la operación en agradecimiento solicitó a su Gobierno la revocatoria de la orden de bombardeo, la cual fue concedida. Historia relatada por Nigel Blackaby, “El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio”, en Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinosa, coords., *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005, p. 285.

27. Kenneth J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 810.

28. Adriana Sánchez Mussi, “International Minimum Standard of Treatment,” Worldpress, sitio web, 2008, disponible en [<http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>].

29. Jorge Pérez Vera, “La doctrina y cláusula Calvo en el derecho internacional, su evolución y práctica”, en Adriana Zapata de Arbeláez, comp., *Derecho Internacional de los Negocios: alcances*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 232.

Sin embargo, el punto cumbre de incidentes bélicos en la región se produjo en el año de 1902 cuando grupos de barcos de varias naciones europeas bloquearon varios puertos de Venezuela en respuesta a lo que se consideró una actitud hostil por parte del gobierno venezolano en contra de nacionales de varias potencias europeas. El antecedente de este conflicto fue el ascenso al poder de Cipriano Castro, quien encabezó un movimiento denominado la Revolución Restauradora,³⁰ de tinte nacionalista, que entró rápidamente en conflictos con estados Europeos. Ulpiano L. Maldonado, describe el incidente de la siguiente forma:

El Dictador Cipriano Castro, según se dijo “hacía mangas y capirotos” con los contratos celebrados con súbditos extranjeros y aun con la propiedad de los mismos: estadounidenses, británicos, alemanes, italianos, belgas, franceses, suecos y noruegos. Para la protección de estos era inminente una intervención armada. Alemania y la Gran Bretaña, en efecto, convinieron en una expedición naval contra Venezuela en apoyo de su ultimátum, la misma que debía durar de diciembre de 1902 a marzo de 1903. Ante la negativa de Castro con respecto a las reclamaciones pecuniarias, Alemania y Gran Bretaña luego de retirar sus legaciones en Caracas, se apoderaron de cuatro cañoneros venezolanos y hundieron tres de ellos. Incluso la Gran Bretaña fue más allá al disponer el bloqueo de sus principales puertos...³¹

Ante estas circunstancias Luis M. Drago, que se desempeñaba como secretario venezolano de Asuntos Exteriores, emitió una nota de protesta el 29 de diciembre de 1902, donde entre otras cosas demandó “que las deudas públicas no pueden ser motivo de intervención armada ni aun de ocupación efectiva de territorios de las naciones americanas”.³² Este postulado fue conocido posteriormente como la Doctrina Drago, y fue recogido en diversas manifestaciones de los estados principalmente americanos. Para Gatti, la doctrina en esencia contiene una declaración del principio de no intervención y es también una declaración especial sobre la naturaleza de la deuda adquirida por estados soberanos.³³ Esta declaración implica que un prestamista sabe que no existe un medio de coacción para cobrar sus deudas a un Estado soberano, por lo tanto la doctrina Drago se relaciona íntimamente con la teoría de absoluta inmunidad en transacciones comerciales donde intervengan soberanos, que luego caería en desuso.

30. Luis Alberto Sánchez, *Historia General de América*, t. II, Santiago de Chile, Ercilla, 1949, p. 402.

31. Ulpiano López Maldonado, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954*, Quito, Imprenta del Ministerio de Educación, 1954, p. 156.

32. *Ibid.*, p. 157.

33. James Thuo Gathii, “War’s Legacy in International Investment Law”, p. 356.

Finalmente, estos postulados fueron tratados en la conferencia de la paz de la Haya de 1907 donde la doctrina Drago fue discutida pero confrontada con un postulado de la delegación de Estados Unidos conocida como la doctrina Porter; nombrada de esta forma en honor al jefe de la delegación de Estados Unidos en la conferencia, General Horace Porter, quien propuso que “la intervención militar para exigir el pago de deudas debía ser prohibida a menos que el Estado deudor se negase a someter la disputa al arbitraje o que habiéndola sometido, se negase a cumplir con el laudo arbitral”.³⁴ Al proponerse el arbitraje como método de solución de controversias, la doctrina Porter confrontaba también con el postulado de Calvo que precisamente se basaba en el hecho de que las únicas cortes competentes para estos casos eran las cortes nacionales. Al final se impuso una limitación al uso de la fuerza para el cobro de deudas, pero no se desterró del todo esta posibilidad al aceptarse la limitación impuesta a la doctrina Drago, pero sin lugar a dudas la discusión de estas doctrinas fue punto de quiebre importante para la institucionalización de la solución de disputas en materias comerciales y principalmente de inversiones.

LAS GUERRAS MUNDIALES, EL COLAPSO DE LA ECONOMÍA GLOBAL Y LAS NACIONALIZACIONES

El inicio de la primera guerra mundial no solo puso fin a un siglo de relativa paz, sino que significó un período de cambios del poder global, que determinó la interrupción de las transacciones internacionales y el movimiento de flujos de capital que se habían generado. Adicionalmente estos acontecimientos fueron acompañados de crisis económicas como la gran depresión en Estados Unidos de América, lo que en general ocasionó que no existan avances significativos en esta u otras áreas del Derecho internacional. Sin embargo, la influencia de grandes sentimientos nacionalistas y proteccionistas propios de este período produjo como resultado un fenómeno en el Derecho internacional de inversiones que no se había visto a gran escala: el de las nacionalizaciones. Como Sornarajah lo manifiesta: “un cambio mayor en este período fue la creciente aceptación que la nacionalización en búsqueda de la reforma o reorganización económica, no sean considerados ilegales en el derecho internacional”.³⁵

En este período existen dos procesos de nacionalización de inversiones que marcaron este cambio de su legitimidad en el Derecho internacional. El primero fue la nacionalización ocurrida en la Unión Soviética luego de la Revolución de Octubre en 1917, que como Novoa Monreal lo destaca, fue uno de los “más amplios y radica-

34. Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 853.

35. M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, traducción de Gustavo Prieto, p. 23.

les... pues se extendieron a casi la totalidad de las actividades de producción y distribución de bienes y servicios”.³⁶ La segunda nacionalización importante fue la efectuada por México durante la presidencia de Lázaro Cárdenas, quien nacionalizó la industria petrolera en 1938, lo cual generó una inmediata reacción del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Cordell Hull, quien en una nota diplomática demandó un “adecuado, efectivo y pronto pago por las propiedades incautadas”³⁷ e insistió en una nota posterior que “La legalidad de una expropiación depende de hecho de la observación de este requerimiento”.³⁸

Esta serie de argumentos que se desprenden de las comunicaciones intercambiadas por Cordell Hull y el Gobierno Mexicano luego de la expropiación de 1938 constituyen la esencia de la denominada fórmula Hull, que se sintetiza en las características de adecuada, efectiva y pronta que debe ser una indemnización. La fórmula Hull es, por lo tanto, el fundamento de los estándares de compensación en el Derecho internacional que luego sería adoptado en los diferentes tratados bilaterales de protección de inversiones. Sin embargo, la fórmula Hull entra en conflicto con la doctrina Calvo, ya que esta manifiesta que no se pueden conceder a los extranjeros mayores derechos que a los nacionales; por lo tanto, si una expropiación con fines de política pública fuese dirigida tanto a nacionales como a extranjeros, los segundos no podrían exigir un trato más favorable en las condiciones de una indemnización. Esta oposición entre la doctrina Calvo y la fórmula Hull se vería disuelta, sobre todo a finales de los años noventa, cuando la mayor parte de los países de Latinoamérica abandonaron los fundamentos de la doctrina Calvo al entrar en los programas de negociación de tratados bilaterales de inversiones.

Finalmente, el nacionalismo que fue evidente en el período entre guerras creó un efecto especial entre los actores económicos al forzar que compañías multinacionales deban integrarse entre aquellas que compartían la misma nacionalidad para luego crear carteles internacionales con algunos de sus competidores extranjeros.³⁹ De acuerdo a Muchlinski, este tipo de acuerdos internacionales fueron muy comunes en Europa, especialmente entre compañías suizas, alemanas y británicas, pero no se evidenciaron tanto en Estados Unidos de América, debido especialmente a factores geográficos y de leyes de competencia, lo que contribuyó para que Latinoamérica y

36. Eduardo Novoa Monreal, “La Nacionalización en su Aspecto Jurídico”, en Jorge Castañeda, *Derecho Económico Internacional. Análisis jurídico de la Carta de Derecho y Deberes Económicos de los Estados*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 139.

37. Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, traducción de Gustavo Prieto, p. 18.

38. Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, p. 18.

39. Peter t. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, p. 13.

Canadá hayan sido los principales destinos de la inversión extranjera directa en esta región.

LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ECONOMÍA GLOBAL Y LOS INTENTOS DE CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO MULTILATERAL DE REGULACIÓN DE LA INVERSIÓN

El fin de la segunda guerra mundial, trajo consigo un período de desarrollo del Derecho internacional en diferentes áreas y estuvo marcado por procesos de descolonización y por la necesidad de construcción de un nuevo orden económico mundial, entendido como un estado *de facto* que Schwarzenberger lo enmarca en un mínimo que debe alcanzar una forma negativa de la paz, que representa un “control efectivo de los sujetos de un sistema” y que en lo máximo genera un consenso de los sujetos interesados de que “todo lo que realmente importa tiende a estar organizado armoniosamente”.⁴⁰ Sin embargo, la problemática que trae consigo la definición del orden económico de Schwarzenberger radica en el segundo elemento o “máximo” al establecer “lo que realmente importa”.

La búsqueda de este elemento tuvo lugar en el poblado de Bretton Woods, en el Estado de New Hampshire, Estados Unidos, donde se desarrolló la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas que adoptó un plan que sería conocido como el sistema de Bretton Woods. Este sistema consistió en la creación de tres organizaciones⁴¹ que funcionarían como pilares del nuevo orden económico, siendo uno de ellos la creación de un marco multilateral del comercio y la inversión a través de la fallida Organización Internacional de Comercio OIC.

En lo que se refiere concretamente a la regulación de la inversión, desde la Segunda Guerra Mundial existieron diferentes intentos de creación de un orden económico que contenga un marco jurídico internacional que regule la inversión extranjera a través de estándares sustantivos de protección adicionales al trato nacional, que, conforme lo explicado, fue ya aceptado dentro de la doctrina Calvo. Sin embargo, la creación de un marco multilateral de estándares de trato fracasó sistemáticamente durante la segunda mitad del siglo XX, ocasionando una expansión de estos estándares mediante la proliferación de tratados bilaterales.

40. Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 10.

41. Los otros dos fueron el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, para el desarrollo y reconstrucción.

El primer intento de consolidar un marco multilateral para la regulación de la inversión fue precisamente en la Organización Internacional del Comercio (OIC). Las negociaciones para esta organización empezaron en la ciudad de Londres en 1946 y terminaron en La Habana en marzo de 1948⁴² con la elaboración del instrumento denominado Carta de La Habana,⁴³ la cual no incorporó, contrario al deseo de países industrializados, normas sustantivas profundas de protección de inversiones. Por este y otros motivos, la Carta de La Habana no contó con el respaldo de muchos países incluyendo Estados Unidos de América. Existen varias razones para explicar el por qué los Estados Unidos de América, uno de los originalmente interesados en esta organización, no haya ratificado este instrumento a pesar de ser uno de sus precursores. Una de ellas fue la situación de la política interna de este país donde el presidente Truman, siendo miembro del partido Demócrata, enfrentaba a un Congreso con mayoría Republicana. Esto limitó el capital político de Truman quien tal vez prefirió centrar sus esfuerzos en el fortalecimiento del Acuerdo General de Tarifas y Comercio, conocido como GATT,⁴⁴ cuyas negociaciones habían empezado paralelamente en Ginebra, y que regulaba la disminución gradual de aranceles en el comercio internacional. Por otro lado, Estados Unidos también centró sus esfuerzos en la celebración de una segunda generación de Tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación.⁴⁵

La importancia de la Carta de La Habana de 1948 para la regulación de inversión no fue formal, pero este instrumento constituyó en palabras de Shill: “la expresión de los conflictos políticos e ideológicos fundamentales sobre la forma de la protección de la inversión en el orden posterior a la Segunda Guerra Mundial”.⁴⁶ El aporte fundamental de La Carta de La Habana fue el hecho de que marcó la separación de la regulación del comercio y de la inversión en el Derecho internacional. Desde ese año, tanto el comercio como la inversión empezaron a correr de forma paralela en el Derecho internacional: a) por un lado la regulación internacional del comercio con el inicio de las rondas de negociación del GATT, que terminó en la creación en 1994 de la Organización Mundial de Comercio (OMC); y, b) por otro lado se desarrolló la regulación de la inversión extranjera directa a través de fallidos intentos multilaterales, que terminaron en la proliferación de acuerdos bilaterales. Newcombe y Paradell comentan este punto de la siguiente manera:

42. Kenneth J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 1054.

43. Algunos textos se refieren a esta como Conferencia de La Habana.

44. Siglas en inglés *General Agreement on Tariffs and Trade*.

45. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment*, p. 88.

46. Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 34.

La Carta de La Habana nunca entró en vigor y la OIC nunca llegó a establecerse, sobre todo debido a que el Senado de los EE.UU. no aprobaría su ratificación. Como resultado, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), que habían sido negociados con el fin de liberalizar el comercio, se aplicará provisionalmente sin el marco general de la OIC. Por lo tanto, si bien el comercio internacional y las inversiones son económicamente entrelazados, la no inclusión de la inversión en el ámbito del GATT significó que después de 1947, el Derecho internacional de inversiones y el Derecho del comercio internacional se desarrollen independientemente el uno del otro.⁴⁷

El siguiente importante intento de regular la inversión extranjera desde el multilateralismo fue en la Convención de 1967 de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) sobre Protección a la Propiedad Extranjera. El antecedente de este esfuerzo fue un modelo de regulación de la inversión conocido como Abs-Schawcross, en honor a Herman Abs, quien fue colaborador de varias corporaciones Alemanas –entre ellas fue Presidente del Deutsche Bank– y Lord Hartley Shawcross quien fue Fiscal General Británico y Directivo de la Shell Petroleum Company.⁴⁸ Este modelo fue una recopilación y formulación de principios o estándares para la protección de la inversión directa que no fueron implementados formalmente pero que constituyeron la base de los tratados bilaterales de protección de inversiones y de la misma convención de la OECD de 1967. Este intento, al igual que la Carta de La Habana, no contó con el número de ratificaciones necesarias debido a la resistencia para su aprobación. Es más, como Shill manifiesta: “el clima internacional en este tiempo pudo difícilmente ser menos favorable para un proyecto multilateral de protección de la inversión extranjera”.⁴⁹

El clima internacional del momento se resumía en el constante aumento del riesgo político sobre la inversión extranjera que podemos atribuir principalmente a dos factores: El primero fue la extensión del comunismo que se desarrollaba en plena guerra fría; y el segundo, los procesos de descolonización e independencia en África y el Medio Oriente. Estos cambios introdujeron por primera vez y de manera relevante el concepto de desarrollo sostenible en la esfera del Derecho internacional público que en las relaciones internacionales significó la transformación que Rajagopal sintetiza como un cambio de la dinámica colonizador-colonizado por la de desarrollado-en desarrollo.⁵⁰

47. Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, traducción de Gustavo Prieto, p. 20.

48. Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, p. 36.

49. *Ibid.*, p. 36.

50. Balakrishnan Rajagopal, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 25.

En el año de 1974 este grupo de estados, que durante años impulsaron el reconocimiento de la soberanía sobre su economía, impulsaron la creación de dos resoluciones importantes en el marco de las Naciones Unidas, estas fueron: a) La Declaración para el Establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional,⁵¹ que proclama la soberanía de los estados sobre los recursos naturales y en materia de inversiones establece el principio de “reglamentación y supervisión de las actividades de las empresas transnacionales mediante la adopción de medidas en beneficio de la economía nacional”⁵² del Estado receptor; y b) la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados,⁵³ que se inspira en la anterior y establece que “todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”.⁵⁴ Estas resoluciones no fueron aceptadas como relevantes por algunos países desarrollados que votaron en contra de las mismas ya que no llegaron a tener nunca la fuerza de un tratado internacional, pero “la importancia de las mismas radica en que a través de estas se reconocen o confirman prácticas generalizadas o principios legales, los cuales pueden ya ser admitidos como principios generales de derecho”.⁵⁵

En los siguientes años existieron varias iniciativas poco efectivas en diferentes organizaciones internacionales para regular la inversión de forma multilateral.⁵⁶ Dentro de estos intentos, los más relevantes fueron aquellos realizados dentro del marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y un segundo esfuerzo dentro de la Organización para la cooperación y desarrollo económico (OCDE). En el caso de la OMC, esta nunca alcanzó un acuerdo amplio que contuviera estándares sustantivos de trato a la inversión.

Sin embargo, ciertos aspectos de la inversión son regulados de alguna manera en tres acuerdos que forman parte del marco jurídico de la OMC: a) el Acuerdo sobre las Medidas en materia de inversiones relacionadas con el Comercio (MIC),⁵⁷ que tiene una aplicación exclusiva en las medidas en materia de inversiones relacionadas con mercancías⁵⁸ y con la aplicación del trato nacional y restricciones cuantitativas del

51. Resolución No. 3201, del 1 de mayo de 1974, que aprueba la declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, cuyo texto en español se encuentra disponible en [<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/9559>].

52. Punto 4, literal g) de la Declaración sobre el Establecimiento de Un Nuevo Orden Económico Internacional.

53. Resolución No. 3281, de 12 de diciembre de 1974 que adopta la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, cuyo texto en español puede encontrarse en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/60/IMG/NR074360.pdf?OpenElement>].

54. Artículo 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

55. Eduardo Novoa Monreal, “La Nacionalización en su Aspecto Jurídico”, p. 172.

56. Una de estas iniciativas fue el Código de Conducta de Transnacionales de la ONU en 1983.

57. Acuerdo Sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC), cuyo texto en español puede encontrarse en [http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims.pdf].

58. Artículo 1 del MIC.

artículo III y XI del GATT respectivamente; b) el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), que introduce los estándares relativos de Nación Más Favorecida y Trato Nacional al comercio de servicios que pueden aplicarse en ciertas formas de inversión; y c) el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC que establece mínimos de protección en las jurisdicciones locales y al hacerlo, indirectamente otorga herramientas de protección para la inversión. Estos acuerdos a pesar de su importancia no regulan aspectos controversiales sobre la inversión. Shill realiza la siguiente evaluación de esta normativa de la OMC en la regulación de la inversión:

En definitiva, los logros dentro del GATT/OMC para introducir protección a la inversión extranjera fueron apenas satisfactorios para los países exportadores de capital, porque no lograron concluir normas sustantivas de protección a la inversión. En cambio las provisiones relacionadas con la inversión dentro del GATT/OMC apenas son una mezcla de aspectos aislados que eran relevantes para la actividad de la inversión extranjera, pero sin establecer ningún marco sistemático o integral.⁵⁹

Ante estos avances limitados en el marco de la OMC, existió un último intento relevante en el siglo XX de crear un marco multilateral, esta vez nuevamente en el marco de la OECD, con la idea de negociar un Tratado ambicioso en términos de estándares de protección entre países desarrollados, lo que resultó también ser una tarea difícil. Este nuevo intento dentro de la OECD se denominó Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), cuyas negociaciones empezaron en 1995 pero se interrumpieron en 1998. La mayor dificultad que enfrentó este nuevo intento fue que los países desarrollados ya estaban obteniendo ventajas concretas en negociaciones bilaterales con países en vías de desarrollo por lo que difícilmente iban a comprometerse en estándares extensivos con otros países en desarrollo. Adicionalmente, en este tiempo ya empezó a existir incomodidad en varios estados receptores de la inversión, producidas especialmente por fallos de tribunales arbitrales sobre todo constituidos bajo el marco del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN). Sin embargo, la importancia de este intento puede resumirse en las palabras de Villanueva, al describir al AMI como “el único instrumento que ha tratado de universalizar y estandarizar un marco normativo de las expectativas de los inversores con respecto del tratamiento de sus inversiones en el extranjero”.⁶⁰

59. Stephan W. Shill, *The Multilateralization of International Investment Law*, traducción de Gustavo Prieto, p.52.

60. Gabriel Cavazos Villanueva, *The Fair And Equitable Treatment Standard in International Investment Law: The Mexican Experience*, New Orleans, VDM, 2008, p. 49. Traducción de Gustavo Prieto.

Por lo expuesto, este intento de la OECD se sumó a la larga lista de intentos fallidos en la construcción de un marco o estructura multilateral de inversiones en el siglo XX, que dieron pocos resultados, de los que se puede rescatar el caso de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) creada por el auspicio del Banco Mundial en 1985 que brinda garantías a los inversores frente a riesgos políticos en países en vías de desarrollo, sin crear obligaciones directas de trato a sus estados miembros, razón por la cual fue aceptada,⁶¹ a pesar de incomodidades de algunos países.⁶²

CREACIÓN DEL RÉGIMEN GLOBAL EMERGENTE DE INVERSIONES DESDE LOS ACUERDOS BILATERALES Y REGIONALES

Los problemas descritos en la negociación de tratados multilaterales fue un contraste con la gran cantidad de tratados bilaterales y regionales negociados y concluidos mundialmente desde la segunda mitad del siglo XX y primeros años del siglo XXI. El primer tratado bilateral enteramente sobre inversiones es atribuido al firmado entre Alemania y Pakistán el 25 de noviembre 1959,⁶³ ya que fue precisamente Alemania el primer país en iniciar un programa de negociación de Tratados Bilaterales de Inversión, basado en el modelo Abs-Schawcross, que no pudo concluirse en la esfera multilateral. Luego de Alemania, otros estados europeos empezaron a lanzar sus programas de negociación, entre estos: Francia (1960) suscribió su primer TBI con Chad;⁶⁴ Suiza (1961) con Tunes; Países Bajos (1963) con Túnez; Suecia (1965) con Costa de Marfil; Reino Unido (1975) con Egipto.⁶⁵ Estados Unidos por el contrario empezó a celebrar este tipo de tratados después de los países europeos en la década de los ochenta. En total, entre 1959 y 1989 existe un registro total de 386 Tratados Bilaterales de Inversión, denominados TBI.⁶⁶

61. Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, p. 48.

62. Sin embargo la MIGA no estuvo exenta de resistencia de varios países. Esteban Restrepo señala: “Algunos países industrializados ya habían desarrollado esquemas de protección a las inversiones extranjeras de sus nacionales, de manera que un esquema de protección multilateral significaba una competencia potencial. Por el lado de los países en vías de desarrollo, para algunos el establecimiento de un mecanismo de esta naturaleza representaba conflictos relacionados con el ejercicio de su soberanía y con su autodeterminación”, en Esteban Restrepo Uribe, “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”, en *La inversión extranjera en Colombia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997, p. 21.

63. Newcombe y Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, p. 50.

64. Este Tratado nunca entró en vigencia.

65. Kenneth J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, p. 1337.

66. Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, p. 41.

Las motivaciones de los países desarrollados para celebrar estos tratados fueron varias, pero es necesario resaltar, en primer lugar, una competencia entre multinacionales de Estados Unidos y Europa por posicionarse globalmente. En este sentido se diferencian dos períodos muy marcados luego de la segunda guerra mundial: a) entre 1945-1960, de dominación de las multinacionales estadounidenses que industrialmente estaban enteras frente a sus pares europeas; y b) un segundo período entre 1960-1990, en el que existe una verdadera competencia entre Estados Unidos y las multinacionales,⁶⁷ especialmente de Europa occidental y Japón, lo que motivó a presiones de estos actores en Europa para disminuir el riesgo político, especialmente en sus ex colonias. Una segunda causa fueron los fallidos intentos en el plano multilateral, lo que motivó a que los esfuerzos se canalicen a través de tratados bilaterales mucho más simples de concluir debido a que un país desarrollado podía usar su mayor fuerza económica para imponer sus condiciones y de esta forma disminuir el riesgo político creciente.

En un inicio, los tratados bilaterales tenían como segunda parte a países en vías de desarrollo. Si bien es cierto que los términos de estos tratados eran impuestos por el país más fuerte económicamente, no es menos cierto que para concluir estos tratados, aún en estas condiciones, se necesitó de una voluntad real del Estado en vías de desarrollo de querer suscribirlos. Las motivaciones para que estos países hayan decidido entrar en estos tratados pueden explicarse por: a) la necesidad percibida en el momento para atraer flujos de inversión que los ayuden en su desarrollo; b) una situación de “*competencia dañina*”⁶⁸ con otros países en desarrollo para la atracción de flujos de capital, teniendo como premisa la idea de generar condiciones más favorables para atraer inversionistas.⁶⁹

Sin embargo, a partir del año 1990 se evidenció un alto crecimiento de estos tratados, los cuales no solo empezaron a ser firmados entre estados dentro de la dinámica desarrollado-en desarrollo, sino que también empezaron a negociarse tratados entre dos estados en vías de desarrollo, denominados también Sur-Sur, siendo el primero el celebrado entre Kuwait e Irak en 1964.⁷⁰ La motivación para este tipo de tra-

67. Peter t. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, p. 15.

68. Término empleado por Baistrocchi para explicar el nacimiento de normas tributarias en el nivel internacional, pero que análogamente sirve para explicar el nacimiento de los diferentes TBI, en Eduardo Baistrocchi, “La estructura del Sistema de Tributación Internacional: Algunas cuestiones conceptuales”, en *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008, p. 61.

69. Louis T. Wells, “The Emerging Global Regime for Investment: A Response”, en *Harvard International Law Journal*, Online, vol. 52, 2010, p. 46., en [http://www.harvardilj.org/2010/10/online_52_wells/].

70. Lauge Skovgaard Poulsen, “The Politics of South-South Bilateral Investment Treaties”, en Tomer Broude, Marc Busch y Amy Porges, edits., *The Politics of International Economic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 186.

tados puede explicarse porque desde finales del siglo XX y principios del actual, una gran cantidad de países en desarrollo empezaron a generar inversiones en otros territorios. En otras palabras, estados tradicionalmente importadores de capital empezaron a adquirir al mismo tiempo y de forma paralela una calidad de exportadores. El caso más evidente de esta realidad es China, que en un inicio fue un país que empezó importando capital, cuando suscribió su primer TBI con Suecia en 1982 y que actualmente, sin perder su calidad de importador, ha empezado una inversión agresiva en el mundo, lo cual se ha traducido en que China hasta el año 2010 tiene suscritos al menos 125 tratados bilaterales de inversiones.⁷¹

A esta gran cantidad de tratados bilaterales se sumaron varios regionales en los que se incluyeron disposiciones sobre inversión. En el continente americano existen varios ejemplos de esta tendencia global, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que entró en vigencia en 1994, celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá, y que tiene un capítulo de inversiones con múltiples estándares de trato, del cual se ha derivado una gran cantidad de procesos arbitrales.

Otro proceso regional donde se ha tratado la inversión extranjera, con diferentes características, es la Comunidad Andina (CAN); el 21 de diciembre de 1970 fue promulgada la Decisión 24,⁷² la cual ha sido mal interpretada por parte de la doctrina⁷³ al considerarla como el primer código interestatal en materia de inversiones extranjeras. Sin embargo, esta norma no debe considerarse un código propiamente dicho, porque no introdujo normas sustantivas sino que pretendía establecer una política común sobre manejo de inversión, con mecanismos de autorización de entrada⁷⁴ y dando prioridad⁷⁵ a las industrias nacionales.⁷⁶ Posteriormente, en 1987 se expidió la Decisión 220, que sustituyó a la Decisión 24 y normas conexas, que si bien es cierto limitaba ciertas restricciones hacia la inversión, seguía la misma línea de control de su predecesora.

71. Elodie Dulac, "The Emerging Third Generation of Chinese Investment Treaties", en *Transnational Dispute Management*, vol. 7, issue 4, 2010, p. 2, disponible en [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1636].

72. Decisión No. 24 de la Comisión del Acuerdo Cartagena, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías cuyo texto en español puede encontrarse en [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07].

73. Algunos de los autores que se refieren a esta como código interestatal de inversiones son Newcombe, Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, p 657., y Newcombe y Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment*, p. 50.

74. Artículo 2, Decisión No. 24, CAN.

75. *Ibid.*, artículo 3.

76. Adicionalmente permitía a los estados miembros "reservar sectores de actividad económica para las empresas nacionales, públicas o privadas y determinar si se admite en ellos la participación de empresas mixtas", artículo 38, Decisión No. 24, CAN.

Esta Decisión fue finalmente remplazada en el año 1991 por la hasta ahora vigente Decisión 291,⁷⁷ la cual se alejó del proteccionismo de sus predecesoras y más bien entró en la dinámica de aperturismo que primaba en la década de los noventa.⁷⁸ Esta norma tampoco desarrolla estándares sustantivos de trato, pero sí hace referencia a un Trato Nacional⁷⁹ de los inversionistas extranjeros a la subregión, dejando libertad a los estados miembros para limitar dicho trato. De lo expuesto, se puede determinar que esta única normativa relacionada directamente con la inversión extranjera de la CAN junto con la Decisión 290 que introduce el régimen de Empresas Multinacionales Andinas, deja mucha discrecionalidad a los países miembros sobre la materia, lo que es percibido por Muchlinski como: el “abandono de manera efectiva de cualquier política común sobre inversiones extranjeras”.⁸⁰

Por otro lado en el Mercado Común del Sur (Mercosur), también se han desarrollado dos protocolos relevantes sobre inversión: El Protocolo de Colonia de 1994 para la promoción y protección de flujos de capital dentro del Mercosur; y el Protocolo de Buenos Aires del mismo año, que protege los flujos que provienen de fuera de la región. En el Protocolo de Buenos Aires se establecen condiciones mínimas que cada Estado debe otorgar a inversores fuera de la subregión y en su estructura se asemeja a los elementos encontrados comúnmente en los tratados bilaterales. Estos elementos son sustantivos por un lado, al contener estándares de trato, y adicionalmente incorpora mecanismos de arbitraje internacional.⁸¹ Sin embargo, estos protocolos no han entrado en vigencia ya que para esto se requiere la ratificación de los cuatro miembros plenos del Mercosur.

Considerando todos los factores expuestos tanto a nivel bilateral como regional se tiene como resultado un conjunto impresionante de normas a nivel internacional. Los datos de la UNCTAD hasta finales del año 2010 determinan que ya existen al menos 6092 acuerdos relacionados con la inversión, de los cuales 2807 son TBIs. La gran difusión de los acuerdos descritos se evidencia en el hecho de que ya en el 2008 se registró que al menos 178 estados han sido parte de algún TBI.⁸² Esta gran cantidad

77. Decisión No. 291, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías de la Comisión del Acuerdo Cartagena, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías cuyo texto en español puede encontrarse en: [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07].

78. Por ejemplo, la decisión reemplaza la figura de autorización de la inversión extranjera por la de registro; de igual manera es más permisiva con el envío de divisas a los países de origen.

79. Artículo 2, Decisión No. 291, CAN.

80. Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, p. 658.

81. Guillermo Argerich, “Protocolos de inversiones extranjeras del MERCOSUR ¿Instrumentos útiles para el siglo XXI?”, en *Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires, 2005, p. 211.

82. Jeswald W. Salacuse, “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No. 2, 2010, p. 428.

de normas guardan generalmente una estructura similar y casi uniformemente contienen dos características fundamentales: a) confieren a los inversionistas “derechos sustantivos específicos”⁸³ a través de estándares de trato que en gran parte son de Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Trato Justo y Equitativo y Seguridad Plena, aunque lo hacen usando diferentes redacciones; y b) confieren a los inversionistas medios procesales directos para poder ejercer estos Derechos sustantivos, concretamente procedimientos de arbitraje.

Por este motivo, este conjunto de normas son consideradas actualmente como un “régimen global emergente”⁸⁴ de inversiones. Uno de los mayores defensores de esta conceptualización es Salacuse, quien determina que el estado actual de las normas de inversión cumple con los cuatro elementos que se consideran necesarios para establecer la existencia de un régimen internacional: a) principios, entendidos como creencias generales y no como doctrina propiamente dicha; b) normas, entendidas como “estándares de comportamiento”, c) reglas, entendidas como “prescripciones o prohibiciones específicas” para acciones determinadas, aunque el autor no realiza una diferenciación con las normas; y d) toma de decisiones a través de diferentes instituciones incluyendo tribunales arbitrales.⁸⁵ Aunque alguno de estos elementos expuestos por Salacuse puede ser controvertido, en especial el referente a la toma de decisiones, ha sido aceptado actualmente el observar en conjunto los diferentes tratados sobre inversión como un régimen emergente o especial. En todo caso, tiene actualmente muchas falencias, lo que ha ocasionado que su legitimidad este actualmente cuestionada por algunos estados en vías de desarrollo o emergentes.

Las debilidades de este régimen emergente pueden resumirse en tres: a) la falta de uniformidad en formulación de los principios sustantivos. Esto significa que aunque en casi todos los tratados se utilicen los mismos estándares de trato, son expresados en diferentes tipos de redacciones con diferente alcance; b) la inexistencia de un solo cuerpo u organismo que interprete estas normas diversas ya que al usar tribunales arbitrales como medio de solución de disputas, existen casi tantos interpretadores como conflictos que se llevan a arbitraje. Esto a su vez ocasiona los escenarios descritos por Franck⁸⁶ donde diferentes tribunales lleguen a diferentes conclusiones sobre el mismo tratado, diferentes tribunales organizados bajo diferentes tratados lleguen a diferentes conclusiones sobre los mismos hechos y cuando diferentes tribu-

83. Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, en *Fordham Law Review*, Washington, vol. 73, 2005, p. 1521, disponible en SSRN: [<http://ssrn.com/abstract=812964>].

84. Jeswald W. Salacuse, *The Emerging Global Regime for Investment*, p. 427.

85. *Ibid.*, pp. 448, 452, 454.

86. Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, p. 1545.

nales organizados bajo diferentes tratados pero que consideren hechos similares lleguen a conclusiones opuestas; finalmente, c) el régimen de inversiones solo ha considerado una parte de la relación, esto es la protección de la inversión,⁸⁷ dejando de lado a la otra parte que es el inversionista y los intereses del Estado receptor, lo que ha ocasionado que temas como desarrollo sostenible, Derechos humanos, temas ambientales y responsabilidad empresarial hayan quedado al margen de cualquiera de las múltiples normas de inversión.

Lo expuesto ha ocasionado que un grupo de países estén adoptando una posición defensiva frente al régimen emergente de inversiones. Concretamente, esta ha sido la posición de Venezuela, Bolivia, Ecuador y Rusia. Venezuela y Bolivia a partir de 2007 denunciaron la convención del CIADI, que había sido creada en 1967 como un centro para arbitrajes de inversiones. Ecuador fue más lejos todavía ya que en 2008 al aprobar su nueva Constitución incluyó una limitación al arbitraje fuera de la región, y posteriormente, su Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de su TBI, ordenando la denuncia de estos, volviendo de alguna manera a los postulados de la doctrina Calvo. Finalmente, Rusia que en un inicio firmó alrededor de 30 tratados bilaterales⁸⁸ e ingresó en las negociaciones de la Carta Europea de la Energía, se ha alejado de esta tendencia en los últimos años.

CONCLUSIÓN

Conforme a lo expuesto, la inversión es un fenómeno que ha estado presente a lo largo de la historia, y la evolución de su marco normativo ha sido constante durante el desarrollo mismo del Derecho internacional. Un factor que ha influido permanentemente en los distintos cambios de este marco normativo ha sido el riesgo político, que está íntimamente ligado con la capacidad de autodeterminación de los estados. En este contexto se puede diferenciar a lo largo de la historia, especialmente desde el tiempo de la colonia, la existencia de dos fuerzas claras: a) una de nacionalización de la relación jurídica, íntimamente ligada a los países importadores de capital y su deseo de autodeterminación; b) otra de internacionalización, la cual se relaciona con los países exportadores de capital y con los intereses de los inversores, especialmente multinacionales, que han jugado un papel importante en el desarrollo del marco jurídico descrito en este trabajo.

87. Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, p. 2.

88. Noah Rubins, Azizjon Nazarov, "Investment Treaties and the Russian Federation: Baiting the Bear?", en A. Liber Amicorum, *Thomas Wälde Law Beyond Conventional Thought*, Londres, CMP Publishing, 2009, p. 239.

Estas dos fuerzas han funcionado como una especie de péndulo durante varios momentos de la historia y detrás de cada una se han desarrollado doctrinas y posteriormente normas internacionales. La fuerza nacionalizadora estuvo presente en la creación de doctrinas como la de Carlos Calvo, que promulga la igualdad del inversor extranjero con el nacional y de concebir a las cortes nacionales como las llamadas a resolver cualquier disputa. Adicionalmente, esta corriente de pensamiento ha servido como una base para la teoría jurídica de la nacionalización de propiedad de extranjeros, aplicada a gran escala en la Unión Soviética y en múltiples ocasiones en América Latina. Finalmente, esta corriente desarrollada durante muchos años obtuvo un reconocimiento en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los estados, en el marco de las Naciones Unidas en 1974. Por otro lado, la fuerza por internacionalizar la relación jurídica ha motivado la idea expresada por De Vattel del estándar externo, que se basa en la noción de la existencia de un mínimo de trato a los extranjeros en otro Estado, el cual no puede relativizarse con la comparación al trato que un Estado otorga a sus propios nacionales.

El constante choque de estas dos fuerzas ha impedido entre otros factores la creación de un acuerdo multilateral en materia de inversiones. La internacionalización a través de acuerdos bilaterales y regionales permitió que se cree un régimen global emergente imperfecto y que actualmente sea sujeto de muchos cuestionamientos. Sin embargo, en los últimos años se evidenció un fenómeno mediante el cual los estados que tradicionalmente fueron importadores de capital, ahora y sin perder su calidad de receptores de flujos de inversión, han emprendido agresivas estrategias de inversión propia, como es el caso de China. Este cambio en la dinámica internacional influyó aún más en la proliferación de tratados bilaterales, que ahora son parte del denominado régimen emergente global de inversiones. Este régimen emergente tiene como común denominador la existencia de estándares absolutos de trato como el denominado Trato Justo y Equitativo y estándares relativos como el de Nación Más Favorecida y Trato Nacional. Sin embargo, estos estándares que aparecen constantemente en un universo de 2807 tratados bilaterales no son expresados ni redactados de manera uniforme, lo que imposibilita su interpretación. Adicionalmente, en la mayoría de estos tratados se establece el arbitraje como medio de cumplimiento de los estándares y normas sustantivas, lo que ha creado una colección de laudos arbitrales, muchas veces contradictorios, que no han contribuido para la estabilización del régimen emergente de inversiones.

Actualmente han sido planteadas varias ideas para modificar el actual régimen como: la creación de una instancia permanente de apelación de laudos arbitrales que unifique las diferentes interpretaciones de tribunales arbitrales,⁸⁹ o la incorporación

89. Susan D. Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", p. 1524.

de “cláusulas de escape”⁹⁰ presentes en acuerdos comerciales como la OMC, que permite la suspensión parcial y temporal de ciertas obligaciones ante circunstancias extremas, como lo fueron los estados de necesidad por crisis financieras en Argentina e Indonesia hace algunos años y que motivaron una serie de disputas con inversores.

Finalmente, cualquier reforma que se pretenda sobre el actual régimen emergente debe considerar la inversión como algo integral en que el fin del derecho sea regularla y no solo protegerla, sin considerar el comportamiento del inversionista.

En todo caso, cabe rescatar la importancia de la existencia de un régimen, aunque este sea imperfecto. Esta idea resalta la importancia de un marco jurídico con medios para resolver disputas, ya que cuando estos han faltado, la historia muestra como la fuerza ha sido la encargada de dirimirlos como aconteció con la época de la diplomacia de los cañones en el siglo XIX. A este contexto se aplica el razonamiento de Samuel Johnson: “Si una parte decide demandar lo que la otra decide negar, la disputa solo puede resolverse mediante el arbitraje; y entre poderes que no tienen un superior común no existe otro árbitro que la espada”.⁹¹

BIBLIOGRAFÍA

- Argerich, Guillermo, “Protocolos de inversiones extranjeras del MERCOSUR ¿Instrumentos útiles para el siglo XXI?”, en *Inversiones extranjeras*, Buenos Aires, 2005.
- Baistrocchi, Eduardo, “La estructura del Sistema de Tributación Internacional: algunas cuestiones conceptuales”, en *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008.
- Blackaby, Nigel, “El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio”, en Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinosa, coords., *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005.
- Cavazos Villanueva, Gabriel, *The Fair And Equitable Treatment Standard in International Investment Law: The Mexican Experience*, New Orleans, VDM, 2008.
- Dolzer, Rudolf, y Christoph Schreuer, *Principles Of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Dulac, Elodie, “The Emerging Third Generation of Chinese Investment Treaties”, en *Transnational Dispute Management*, vol. 7, issue 4, 2010 [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1636].

90. Louis T. Wells, “The Emerging Global Regime for Investment: A Response”, p. 55.

91. Citado por Matthew Parish en *Mirages Of International Justice The Elusive Pursuit of a Transnational Legal Order*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2011, p.1.

- Franck, Susan D., “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, en *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, disponible en SSRN: [<http://ssrn.com/abstract=812964>].
- Gathii, James Thuo, “War’s Legacy in International Investment Law”, en *International Community Law Review*, vol. 11, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2009.
- López Maldonado, Ulpiano, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954*, Quito, Imprenta del Ministerio de Educación, 1954.
- Muchlinski, Peter T., *Multinational Enterprises & The Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Multilateral Investment Guarantee Agency MIGA, *2011 World Investment and Political Risk Report*, Washington D.C., The international Bank for Reconstruction and Development, 2011.
- Murphy, Sean D., *Principles of International Law*, Washington, Thomson West, 2006.
- Newcombe, Andrew, y Lluís Paradell, *Law and Practice Of Investment Treaties: Standards Of Treatment*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2009.
- Novoa Monreal, Eduardo, “La Nacionalización en su Aspecto Jurídico”, en *Derecho Económico Internacional. Análisis jurídico de la carta de Derecho y Deberes Económicos de los Estados*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1976.
- Parish Matthew, *Mirages Of International Justice The Elusive Pursuit of a Transnational Legal Order*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Pérez Vera, Jorge, “La doctrina y cláusula Calvo en el derecho internacional, su evolución y práctica”, en Adriana Zapata de Arbeláez, comp., *Derecho Internacional de los Negocios: alcances*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Polanyi, Karl, *The Great Transformation The political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Kindle edition/Beacon Press, 2001.
- Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Restrepo Uribe, Esteban, “Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC”, en *La Inversión Extranjera en Colombia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- Rubins, Noah, y Azizjon Nazarov, “Investment Treaties and the Russian Federation: Baiting the Bear?”, en A Liber Amicorum, *Thomas Wälde Law Beyond Conventional Thought*, Londres, CMP Publishing, 2009.
- Salacuse, Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No. 2, 2010.
- Sánchez, Luis Alberto, *Historia General de América*, t. II, Santiago de Chile, Ercilla, 1949.

- Sánchez Mussi, Adriana, “International Minimum Standard of Treatment,” Wordpress sitio web, 2008 [<http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>].
- Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- Schwarzenberger, Georg, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971.
- Skovgaard Poulsen, Lauge, “The Politics of South-South Bilateral Investment Treaties”, en Tomer Broude, Marc Busch y Amy Porges, edits., *The Politics of International Economic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Sornarajah, M., *The International Law On Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 .
- Subedi, Surya P., *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Portland, Hart Publishing, 2008.
- Vandeveldt, Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, New York, Kindle/Oxford University Press, 2010.
- Watson, Adam, *The Evolution of International Society, a Comparative Historical Analysis*, Abingdon, Routledge, 1992.
- Wells, Louis T., “The Emerging Global Regime for Investment: A Response”, en *Harvard International Law Journal*, Online vol. 52, 2010, p. 46, [http://www.harvardilj.org/2010/10/online_52_wells/].

OTROS

- Comunidad Andina, Decisión No. 24, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, Comisión del Acuerdo Cartagena. en [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07].
- Comunidad Andina, Decisión No. 291, *Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*, Comisión del Acuerdo Cartagena, en: [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07].
- GATT, Acuerdo Sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio, MIC, cuyo texto en español puede encontrarse en [http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims.pdf].
- Naciones Unidas, Asamblea General, Documentos Oficiales Sexto Período Extraordinario de Sesiones, Resolución No. 3201, del 1 de mayo de 1974, que aprueba la declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, cuyo texto en español se encuentra disponible en [<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/9559>].
- Naciones Unidas, Asamblea General, *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, Documentos Oficiales, Vigésimo Noveno Período, Resolución No. 3281, 12 de diciembre de 1974.

Fecha de recepción: 27 de junio de 2012
Fecha de aprobación: 1 de noviembre de 2012

Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la inversión privada extranjera en el Ecuador*

*Gustavo Guerra Bello***

RESUMEN

El presente artículo presenta un análisis del régimen vigente en materia de la inversión privada extranjera, partiendo de las disposiciones pertinentes incorporadas en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (dic. 2010), cotejando las mismas frente a los preceptos establecidos por la Constitución de la República del Ecuador relativos al sistema económico y otros ámbitos pertinentes.

La evaluación se complementa contrastando las disposiciones legales de reciente vigencia, a los criterios de consistencia de los correspondientes lineamientos del esquema de planificación gubernamental y a varios principios del sistema de reglas internacionales sobre la inversión.

Se aportan, finalmente, conclusiones sobre probables líneas de ajuste normativo futuras, resultantes de dicho proceso de comparación analítica.

PALABRAS CLAVE: Constitución, Régimen de Inversiones, Código de la Producción, Inversión Extranjera.

SUMMARY

The aim of this article is to provide an analysis of the current regime on foreign private investment in Ecuador, based on the relevant provisions incorporated in the Organic Code of Production, Trade and Investment (December 2010), and then comparing this provisions with the principles established in the Ecuadorian Constitution that govern the economic system and related areas. In addition, the assessment will compare the effect of recent legislation with the criteria of consistency contained in the guidelines of government planning and several principles contained on the international system of investment. Finally, the present work will provide remarks about future regulatory adjustments that shall be considered in this field.

KEY WORDS: Ecuadorian Constitution, investment regime, Production Code, Foreign Investments.

FORO

* El presente artículo se basa en los resultados de la investigación realizada por el autor a finales del año 2010, patrocinada por el Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, cuyo reporte final se intitulaba “Retos jurídicos para el desarrollo normativo de los preceptos constitucionales relativos a la inversión privada extranjera: regular su rol complementario en el nuevo modelo económico”.

** Abogado en libre ejercicio, asesor público y privado. Negociador Internacional en materias de inversiones y de servicios. Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y otros centros de educación superior.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente ensayo será dilucidar algunos de los principales aspectos conceptuales y jurídicos que subyacen la labor legislativa de producción normativa para el desarrollo de los principios y disposiciones constitucionales en el plano económico que orientan el tratamiento a la inversión extranjera. Aspiramos a efectuar una adecuada referencia a las aportaciones correspondientes de la doctrina del Derecho constitucional económico y de una reciente disciplina que podríamos denominar “Derecho de las Inversiones”, junto con las previsiones de la propia Constitución de la República que constituirían lineamientos ineludibles para el emprendimiento del referido proceso normativo.

Las ideas y comentarios que siguen constituyen un intento de delinear conceptualmente y otorgar plausibilidad a las características que una norma de carácter legal pudo haber considerado en relación con la regulación de las inversiones en el Ecuador, para desarrollar los preceptos constitucionales atinentes vigentes desde el año 2008. Con tal perspectiva, el itinerario propuesto procurará, en primer lugar, explicitar los criterios concernientes a los elementos de orden económico de la Constitución ecuatoriana, desde los cuales es posible efectuar una sistematización de los principios relativos al ámbito de las inversiones. Partimos del supuesto de que la concepción y formación de leyes de índole económica deben considerar aspectos meta-jurídicos y otros de relevancia internacional que se han asumido como estándares cuasi-universales; argumentaremos en función de dicha hipótesis e intentaremos caracterizarlo partiendo de herramientas generales proporcionadas por el análisis económico del derecho.

En una segunda parte expondremos lo que a nuestro juicio podrían esbozarse como los hitos esenciales de la evolución normativa en materia de inversiones en el Ecuador y cómo ciertos aspectos exógenos al entorno nacional exigen conciliar en una propuesta normativa, los preceptos constitucionales a ser analizados y esos factores complementarios, con miras a definir el objetivo público correlativo que equilibre puntos óptimos sobre tales imperativos. Basados en tal evaluación, argüiremos finalmente en función de los principales elementos que pudieran haber sido incorporados en el proyecto de reforma legal, contemplando tanto las características ideales en el plano sustantivo como a nivel institucional y procedimental del régimen de inversiones, y que a su vez responda a los objetivos y condicionantes revisados.

Como resultado final de este ensayo se espera presentar los principales hallazgos y conclusiones del trabajo desarrollado bajo la referida metodología, particularmente identificando los lineamientos prioritarios que pudieron ser considerados en la

labor de los asambleístas y otros interlocutores públicos y privados en la expedición de la iniciativa normativa legal relacionada con la regulación de la inversión privada en el Ecuador.

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LINEAMIENTOS PARA DESARROLLO NORMATIVO

La Constitución del Ecuador, expedida en el año 2008 luego de un proceso constituyente, determina cambios profundos en la concepción del modelo económico del Estado ecuatoriano, junto con otros relativos a esferas tales como la organización estatal, el régimen de derechos civiles y otros, todos estos orientados por una nueva noción de bienestar (“Buen Vivir”) que gira alrededor de conceptos readecuados de una nueva visión de desarrollo, tales como la inclusión social, la equidad, la participación ciudadana, entre otras políticas sociales para buscar más distribución equitativa y promoción de las condiciones de vida de sus habitantes, que destacar un rol activo de la responsabilidad estatal de propiciar las condiciones necesarias para su alcance.

Partiendo desde la doctrina, los principios fundamentales del ordenamiento jurídico en el ámbito económico de una Constitución Política suelen ser catalogados como los preceptos que conforman la denominada “Constitución Económica” u “Orden Público Económico”. Bajo tal denominación, se engloban las disposiciones esenciales que consagran la normativa jurídica fundamental del Estado en las relaciones que vinculan a los órganos públicos y a su vez el funcionamiento institucional de las entidades estatales competentes en dicho ámbito.¹ De forma sucinta, Bidart Campos, la conceptúa como el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son aplicables a la actividad y a las relaciones económico-financieras.²

En el caso de la Norma Fundamental del Estado Ecuatoriano, como otra de las directrices imperantes que están consagradas, se destaca la noción de una economía centralmente planificada que prepondera el rol del Estado no solo en la regulación, promoción y control del orden económico sino incluso con la instauración de competencias de operación directa y estratégica de ciertos sectores y actividades. Como uno de los puntales en la ejecución de este propósito se destaca la creación de la Secretaría

-
1. Gérard Farjat, *Derecho Económico*, París, Edit. Presses Universitaires de France/Themis Droit, 1971, define Orden Público Económico como: “el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas”.
 2. Germán Bidart Campos, “La Constitución Económica (Un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 6, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), que es responsable de la supervisión del Plan Nacional del Buen Vivir, y llamada por tanto, a intervenir en toda acción gubernamental que tenga incidencia en el cumplimiento de dicho plan.

Aunque no es el objetivo de este ensayo el cuestionar el mayor o menor grado de intervención en la economía que marca el nuevo texto constitucional, debe al menos considerarse una marcada diferencia con las disposiciones que pudieron verificarse en sus predecesores a las que podrían ubicarse en el tiempo como consecuentes y promotoras de una limitación de corte liberal al rol del Estado en la economía ecuatoriana.³

El régimen constitucional vigente en el plano económico se sustenta en varios pilares estructurales característicos que determinan el nivel de intervención, oscilando entre lo que podría apreciarse como un dirigismo fiscal y la promoción de un sistema productivo solidario. En ambos planos que se desprenden de la propia nueva concepción estatal, se aprecian limitaciones de orden objetivo que de hecho estaban presentes en versiones anteriores de la Carta Fundamental⁴ a las que se sumarían otras con una noción más bien subjetiva sobre condiciones o modalidades del ejercicio de derechos económicos de particulares, tales como la prelación del Buen Vivir o Sumak Kawsay, cuyo alcance si bien puede ser entendible como la caracterización de un nuevo paradigma socio-político, podría tener un mayor grado de complejidad en su concepción económica, que derivaría al menos desde una perspectiva macro-en el entendido de que los intereses generales del colectivo social prevalecerían efectivamente sobre las prerrogativas o expectativas de los individuos en lo que al ejercicio de actividades de orden económico se refiere, lo que se puede apreciar de modo expreso en la consagración de una de las libertades: “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”.⁵

La dogmática constitucional occidental reconoce como uno de los preceptos principales de la interacción entre el Estado y la Sociedad, el principio de razonabilidad o proporcionalidad de la limitación de los derechos fundamentales que, particularmente en el área legislativa, exigiría que responda al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo y de forma adecuada y equilibrada; esto es si la tutela de determinado interés público amerita imponer un medio de asegurar su efectividad, restringiendo para tal propósito el ejercicio de derechos individuales o colectivos.⁶

-
3. Al respecto, la consagración del régimen de una economía social de mercado incluía varios conceptos, a mi entender, de por sí contradictorios.
 4. Por ejemplo, restricciones sobre propiedad de extranjeros en zonas de seguridad, prelación de rol público en sectores estratégicos, entre otras.
 5. Incluido en el Capítulo VI, art. 66, No. 15 “Derechos de Libertad”. En el numeral 26 del mismo artículo se extienden las condiciones de “función y responsabilidad social y ambiental” para el Derecho a la propiedad.
 6. Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 38.

Establecido lo anterior, una cuestión preliminar a dilucidarse es qué elementos deben tomarse en consideración para el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales que someten a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, el ejercicio del desarrollo de actividades económicas, por una parte, y las condicionantes introducidas para la orientación de la inversión nacional y extranjera que se estudiarán más adelante. Para tal efecto, es preciso anotar que la tarea de creación legislativa debe tender, por principio, a regular la adecuada implementación de instituciones, principios, prerrogativas y otras figuras de índole constitucional, bajo el resguardo de que no debe afectar ilegítimamente derechos a su vez establecidos por la norma fundamental, ni a pretexto de pretender satisfacer un interés social o general.

No obstante, una apreciación somera nos permite aseverar que la realización de ambas prerrogativas: la privada, de desarrollar actividades económicas individuales y colectivas, y la estatal, de someter las determinadas modalidades, no son incompatibles entre sí, por lo que el margen para un adecuado y necesario desarrollo normativo, condescendiente con los principios analizados, es lo suficientemente amplio y, por tanto, el reto jurídico evidenciado se vislumbra expedito, al menos en cuanto a sus condiciones materiales preliminares.

El contexto regional para este análisis considera tres fases relativamente recientes y claramente diferenciadas: partiendo de sistemas cerrados y protectivos, con una fuerte intervención estatal se “evolucionó” hacia un período en el que se promovió la desregulación inicial de distintos mercados y sectores (financieros, valores, servicios públicos y otros) que a su vez generó una serie de problemas⁷ relacionados con la acumulación y concentración monopólica del capital y el consecuente agravamiento de las condiciones de desigualdad en el acceso a los factores productivos, debilidad institucional y carencia de supervisión y controles sobre la actividad privada en sectores estratégicos; con el tiempo, los gobiernos se vieron –en una fase consecuente– obligados a regular, modificar y reforzar las leyes y las instituciones, pero que fueron en muchos casos rechazadas por el sector privado cuyo comportamiento aún no ha sido plenamente definido y se han ido adaptando a los cambios en una variedad de formas.⁸

7. Alberto Acosta y Fander Falconí, “Otra Política económica, deseable y posible”, en *Asedios a lo Imposible: propuestas económicas en construcción*, Quito, ILDES-FES, 2005, pp. 29-33.

8. Graciela Moguillansky y Ricardo Bieloschowsky, *Investment and Economic Reform in Latin America*, Santiago de Chile, CEPAL, 2000. “Las empresas se adaptaron a estos cambios en la medida en que pudieron dependiendo de su fuerza y sus otras características microeconómicas. Era mucho más difícil para las pequeñas y medianas empresas responder a la competencia de bienes importados en términos de calidad y precios de lo que era para las grandes empresas o filiales de las empresas transnacionales. Las reacciones también se diferenciaban entre sectores económicos. En algunos países, la apertura de la economía fortaleció sectores que estuvieron involu-

Bajo tales circunstancias y retomando la experiencia ecuatoriana, la concepción del mercado orden de intervención estatal en la economía ecuatoriana parte de un fin mayúsculo relacionado con la instauración de un Régimen de Desarrollo⁹ que configura al ente estatal en el promotor del Buen Vivir, que se vale de sistemas e instrumentos de planificación para alcanzar objetivos expresos: art. 276, No. 2. “Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable”.

Definido dicho objetivo en el plano económico, se determinan como deberes del Estado en dicho marco: art. 277, No. 6. “Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley”.

Marcado el carácter instrumental del ordenamiento jurídico como uno de los puntales para impulsar el desarrollo de las actividades económicas, queda justificada la labor subsiguiente que corresponde al Estado, a través de los órganos y procedimientos constitucionales apropiados, de elaborar y expedir el marco normativo propicio que acate tales criterios.¹⁰

Al respecto, y bajo la consideración de que el sistema económico comprende una serie vasta de elementos, relaciones y reglas, el espectro de intervención es a su vez complejo, siendo determinante catalogar a cuáles corresponderían los ámbitos de aplicación regulatoria:

1. Institucionalidad de la regulación, control y supervisión
2. Estructura y organización de los medios de la producción
3. Regulación de los procesos económicos
4. Resguardo de la calidad de vida económica de los habitantes

De forma complementaria y regida bajo el mismo principio que incide en la configuración de la estructura económica de los ámbitos que han sido redelineados con

crados en el procesamiento de los recursos naturales, mientras que en otros es partidaria de los sectores de la electrónica y prendas de vestir, automotriz. Las empresas con una larga historia en estas industrias aprovechaban de su conocimiento de los procesos de producción y el mercado, que les ha permitido crecer y aumentar la rentabilidad.”

9. Art. 275 de la Constitución del Ecuador.

10. La amplitud de tales criterios se extiende en la concepción del sistema económico propugnado por la Constitución de Ecuador, que en su art. 283, determina: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir... El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.

las nuevas disposiciones constitucionales relacionadas con el rol previsto tanto para la inversión pública como la privada en el nuevo modelo, que contiene varios preceptos que tienen marcadas diferencias con los incorporados en la Constitución anterior,¹¹ y que en particular, como lo apreciamos a continuación, afectan el principio de igualdad de tratamiento en función del origen de la inversión:

Art. 339. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión.

En las discusiones y consideraciones realizadas por los asambleístas constituyentes durante el proceso de aprobación de las normas que están previstas en la Sección Sexta “Ahorro e Inversión” del Capítulo VI “Trabajo y Producción” del Título VI correspondiente al “Régimen de Desarrollo”, se aportaron argumentos motivados en la aparente necesidad de confrontar las políticas neoliberales imperantes que habiendo influido en el desarrollo de la regulación vigente, la cual –en criterio de varios asambleístas– “propiciaban mercados desregulados, apertura total al capital extranjero, esquemas privatizadores, entre otras, que se habían percibido como nefastas por su grave afectación social en cuanto a su limitación para distribuir la riqueza del país y asignar adecuadamente recursos de la inversión fuera de sectores primario extractivos o proclives a concentración en regiones principales”.¹²

Adicionalmente, varias normas constitucionales promueven la inversión privada en la economía, garantizando la ya citada libertad de las empresas (derecho a desarrollar actividades económicas, libertad de contratación, libertad de trabajo, art. 66 numerales 15, 16 y 17) y comprometen al Estado a estimular la producción nacional, la competitividad y la productividad (art. 284). Por otra parte, nuestro régimen cons-

11. Se anexa al final de este ensayo un sumario de las disposiciones relativas directa o indirectamente al tratamiento constitucional de la inversión, previstos en la Norma Fundamental expedida el 10 de agosto de 1998.

12. Asamblea Nacional Constituyente. Informe de discusión respecto a los proyectos de normas constitucionales, preparado por la Comisión Sexta durante la labor constituyente. Montecristi, julio de 2008.

titucional, reconoce la propiedad privada (art. 321) y garantiza el cumplimiento y respeto de los derechos e intereses de las personas (art. 75); de igual manera, en su art. 82 la Constitución garantiza el derecho a la seguridad jurídica fundamentando la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

En cuanto a las restricciones previstas, de acuerdo a la Constitución, en su art. 313 y siguientes, el Estado tiene decisión y control exclusivo sobre los sectores estratégicos como las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, transporte y refinación de hidrocarburos, biodiversidad, patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua. En el caso de servicios públicos como provisión de agua potable, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad e infraestructura portuaria y aeroportuaria, es el Estado el responsable de la provisión de estos. En relación con el art. 316, el Estado puede delegar la participación en sectores estratégicos y de servicio público a empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria y de manera excepcional puede delegar al sector privado, que por no excluirlo expresamente, podría también incluir a delegatarios extranjeros.

Por otra parte, y apartándonos brevemente de la perspectiva jurídica, es preciso tomar en cuenta que varias de las disposiciones constitucionales, expedidas por la Asamblea Constituyente, integrada por una mayoría oficialista, se inspiraron en los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo del Ecuador 2007-2010, que en cuanto a los ejes de la Revolución Económica y Productiva establece claras directrices sobre el rol de la inversión en la economía nacional, encuadradas en las estrategias para el incremento de la productividad y la competitividad, como factores para el desarrollo interno, la inclusión social y la competitividad: “Facilitar la inversión productiva mediante la democratización de las relaciones de propiedad y producción y un sistema financiero empleado para la asignación de recursos económicos desde sectores con capacidad de ahorro hacia sectores que lo demanden, en condiciones igualitarias y competitivas”.¹³

En cuanto a las políticas incorporadas para la consecución del Objetivo 11 del mismo Plan, “Establecer un sistema económico solidario y sostenible”, se destaca aquella relacionada con: “Inversión extranjera directa selectiva, para potenciar producción y productividad de sectores estratégicos y en los que se requiere innovación tecnológica para proyectos de muy largo plazo”.¹⁴

13. SENPLADES, Resumen Ejecutivo del Plan Nacional de Desarrollo, 2008, p. 18.

14. *Ibid.*, p. 34. En el texto completo del Plan Nacional de Desarrollo, incorporan los siguientes enunciados sobre la inversión extranjera: “Los flujos financieros internacionales y la banca extranjera también se entienden subordinados a la estrategia de desarrollo y a la política comercial y son instrumentos para acelerar el desarro-

Al valorar si bajo los lineamientos expuestos, el nuevo orden constitucional que rige el ejercicio de las actividades económicas privadas, y en particular, el rol de la inversión en la economía, han sido acogidos, se apreciaría que el resultado fue regulatoriamente más restrictivo que el previsto. En una revisión de la normativa comparada sobre las disposiciones de rango constitucional que rigen de forma directa o indirecta el ámbito de las inversiones, en promedio, otorgan un grado de cobertura amplio a la regulación de los principales tratamientos o estándares internacionales, como los que sobre la materia han recogido otras constituciones, particularmente latinoamericanas.¹⁵

LA REGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EN ECUADOR: ANTECEDENTES Y PERSPECTIVAS

Con el fin de evaluar una línea legislativa histórica, que nos servirá de base para retomar y profundizar en este análisis, pasaremos a continuación a hacer una reseña de la normativa en materia de inversiones vigentes en el Ecuador.

Junto con las prerrogativas, responsabilidades y limitaciones que la Constitución Política de la República de 1998 contenía en relación con el ámbito de la inversión, es preciso considerar que, de forma complementaria, rige en el Ecuador¹⁶ la normativa de orden legal que lo regula, y se destaca primeramente que en el año 1997 se expidieron los dos cuerpos legales principales que prefiguraron los aspectos institucionales y sustantivos en la materia en análisis.

En junio de 1997 se expidió la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI),¹⁷ cuyos aportes principales correspondieron a¹⁸ la instauración de un marco legal e institucional apropiado para hacer efectiva la consideración del comercio exterior como

llo productivo. Se promueve el ingreso de capitales cuando se los destina a la inversión y al financiamiento de iniciativas productivas de largo plazo... La inversión extranjera directa es alentada como canal de transferencia de tecnología y conocimiento en sectores clave y se la promueve por medio de la política comercial, como soporte para la innovación doméstica...”.

15. Tal y como lo enuncia el art. 63 de la Constitución Política de Perú, “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones” y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 301 “El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a empresas y organismos o personas extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional”.
16. Al momento de culminación de la primera versión de este ensayo (octubre de 2010).
17. Ley No. 12. Suplemento del Registro Oficial 82 de 9 de junio de 1997.
18. Enmarcados en el objetivo de establecer políticas dirigidas a: art. 3 “h) Promover mediante estímulos e incentivos la inversión directa, nacional y extranjera, los procesos de integración y los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que amplíen la inversión y faciliten las transacciones externas del país”.

prioridad nacional y en especial al fomento de las exportaciones e inversiones. En el objeto y ámbito de la ley, se definían las siguientes finalidades:

- Normar y promover el comercio exterior, tanto de exportación como de importación.
- Fomentar la inversión directa nacional y extranjera.
- Impulsar los procesos de integración económica.
- Propiciar el uso eficiente de los recursos productivos¹⁹ del país y propender a su desarrollo sostenible.

En cuanto a los principios básicos relativos a la inversión, se consideraron los siguientes:

- Impulsar la internacionalización de la economía ecuatoriana para lograr un ritmo creciente y sostenido de desarrollo.
- Impulsar el fortalecimiento y desarrollo de los mecanismos de fomento de las exportaciones e inversiones.
- Fomentar la inversión directa, nacional y extranjera.
- Garantizar la adecuada coherencia entre las políticas de comercio exterior y las políticas fiscal, arancelaria, monetaria, crediticia, cambiaria y de desarrollo.
- Fortalecer la vinculación entre sectores público y privado para ejecutar en conjunto la estrategia de impulso del comercio exterior.

Por otra parte, se puede también considerar como hito significativo la expedición de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones (LPGI).²⁰ Las principales regulaciones que se atienden:

- Se declara como prioridad nacional la inversión en los sectores productivos y de servicios.
- Las inversiones extranjeras podrán efectuarse en todos los sectores de la economía, sin restricción alguna y sin autorización previa de un organismo del Estado, salvo aquellos relacionados con las áreas estratégicas del Estado.
- Toda inversión extranjera debe ser registrada en el Banco Central del Ecuador.

Con la finalidad de coordinar adecuadamente el uso de los recursos destinados para la promoción de las inversiones y atracción de la inversión extranjera, se con-

19. La Ley excluye expresamente las exportaciones de hidrocarburos que realiza el Estado ecuatoriano y que continúan sujetas a su propio ordenamiento legal que las regula.

20. Con fecha 2 de diciembre de 1997, se expidió la Ley 46, la misma que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 219, de 19 de diciembre de 1997.

forma en la LGPI el *Sistema Nacional de Promoción de Inversiones*, entonces integrado por los siguientes organismos:

- a) El Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI) al cual le corresponde la formulación de las políticas para la promoción de inversiones.
- b) El entonces Ministerio de Comercio, Industrias y Pesca (MICIP)²¹ como organismo encargado de velar por la ejecución de las políticas en materia de inversiones.

El nivel de ejecución de este sistema estuvo conformado por:

- c) El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración²²
- d) La Corporación Financiera Nacional
- e) Las Cámaras de la Producción
- f) Las Comisiones Provinciales de Promoción de Exportaciones e Inversiones
- g) Las entidades públicas o privadas, que desarrollen actividades de identificación, financiamiento y ejecución de proyectos relacionados con la promoción de inversiones.

A este nivel pertenece la Corporación para la Promoción de Exportaciones e Inversiones CORPEI, como organismo técnico especializado de carácter mixto, que fue creado por la LEXI para asumir las competencias promocionales del ámbito comercial externo y de atracción de inversiones.

Más allá del espectro institucional, la expedición de las referidas leyes –vigentes hasta diciembre del año 2010,²³ configuró, junto con las disposiciones constitucionales expedidas en la Constitución de 1998, el régimen ecuatoriano en materia de inversiones, constituyendo uno de sus pilares, el establecimiento de las regulaciones necesarias para que la inversión nacional y extranjera se desarrolle con un amplio margen libertad y al amparo de garantías, conforme se lo analizó, relativas a la igualdad (trato nacional) en la admisión, establecimiento y desempeño de inversiones en un amplio número de sectores,²⁴ las que se complementan con otras varias de naturaleza administrativa y financiera:

21. Actualmente denominado Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO). Cabe destacar que en el mes de enero de 2007, mediante Decreto Ejecutivo se reasignaron competencias entre entidades ministeriales, transfiriéndose las relacionadas con el comercio exterior al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

22. Conforme su denominación actual.

23. Las referidas leyes fueron derogadas por la Disposiciones Derogatorias J) y K) ordenadas por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

24. Exceptuándose los sectores vinculados con las áreas estratégicas del Estado.

- Libre transferencia al exterior, en divisas, de las utilidades que haya generado la inversión.
- Libre remisión de recursos obtenidos por la venta de acciones, participaciones o derechos adquiridos en razón de la inversión efectuada, previo pago de los impuestos correspondientes.
- Aprovechamiento de las ventajas derivadas del Programa de Liberación de la Comunidad Andina, así como de las preferencias arancelarias otorgadas por terceros países al Ecuador, para los productos que cumplan con las normas especiales o requisitos específicos de origen.
- Libre acceso a los mecanismos de promoción, asistencia técnica, cooperación y similares en las mismas condiciones previstas para las empresas nacionales.
- Estabilidad tributaria, entendida como el mantenimiento por un período determinado de la tarifa aplicable del impuesto a la renta vigente al momento de efectuarse la inversión.
- Los inversionistas extranjeros podrán someter las controversias que se suscitaren en el desarrollo de sus negocios a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Ecuador o a los establecidos por los convenios bilaterales de protección de inversiones suscritos y ratificados por el país.

Con las disposiciones que instauran el régimen de inversiones, que contó con un elemento adicional, se preveía la posibilidad de que los inversionistas suscriban con el Estado contratos de inversión, en los que se incorporan cláusulas que recogen el tratamiento otorgado al inversionista en el ámbito de la mencionada ley y su reglamento, así como el plazo de duración de la inversión, su destino y las garantías a la inversión que, de acuerdo a la ley, se otorgarán al contratista, fomentando que los inversionistas aseguren que la situación jurídica prevista para el inicio de uno o varios proyectos de inversión no sea modificada por leyes u otras disposiciones de cualquier índole, así como para asegurar la estabilidad del régimen impositivo aplicable a su inversión.

No obstante, luego de más de 13 años de instauración del mencionado Sistema, y sin referirse a condiciones de orden económico o financiero, que podrían atribuirse principalmente a condiciones exógenas o la situación macroeconómica del país, se suele criticar la real eficacia de la estructura previamente estatuida y del funcionamiento individual y colectivo de dicha institucionalidad, que derivaron en falencias que pueden explicar –en buena medida– una gestión pública deficiente sobre las inversiones:²⁵

25. MIPRO, “Análisis dinámico del marco normativo de las inversiones: perspectivas para su fortalecimiento y reorientación”. Investigación a cargo del autor y desarrollada en el año 2007.

- Limitada capacidad gubernamental para la difusión de oportunidades y la atracción de inversiones.
- Carencia de institucionalidad para la gestión armónica y coordinada de dichas competencias.
- Deficiente interacción entre las iniciativas productivas privadas y la gestión pública de las políticas de producción.
- Deficientes resultados de la labor de la red externa de CORPEI en cuanto a promoción de inversiones.²⁶
- Dificultades de acceso a recursos financieros para preinversión y reducido número de instituciones que pueden proveerlo.

Finalmente, si bien culminado el plazo previsto para la implementación de un Plan Nacional de Inversiones (2001-2010) que había sido elevado al rango de Política de Estado,²⁷ el nivel de inversiones recibidas en dicho período y el desempeño de los inversionistas extranjeros con presencia productiva en el Ecuador no fue plenamente satisfactorio y, evidentemente, no alcanzaron medianamente las expectativas que se habían previsto para la promulgación de las referidas leyes y la conformación organizacional público-privada destinada a impulsar los fines que en dicho Plan se habían trazado.

Estos antecedentes, entre otros que pudieron haber sido considerados para redefinir el tratamiento jurídico a las inversiones, en particular a las extranjeras, influyeron decididamente en la consideración de la necesidad de un cambio profundo en todos los niveles regulatorios, partiendo de un ordenamiento marco a nivel constitucional y reconfigurar la política general del Estado correspondiente, entendiendo que las reformas propugnadas se dirigen a la definición de un sólido marco jurídico con reglas claras al inversionista, a asegurar la capacidad soberana de gestión y promoción de las inversiones y la posterior coordinación efectiva de las entidades públicas vinculadas en dicha temática.

Dicha visión y la decisión gubernamental de llevarla a la práctica de modo inmediato, también ha involucrado acciones en el plano externo, que han sido controvertidas por la comunidad internacional y el sector privado, partiendo de eventos tales como la denuncia de varios convenios internacionales para la promoción y protección de inversiones,²⁸ el retiro del mecanismo del Centro Internacional para Arreglo

26. En el año 2009 fue sustituida por una red de Oficinas Comerciales con personal especializado a cargo del propio Ministerio de Relaciones Exteriores, actualmente a cargo de PROECUADOR.

27. Decreto Ejecutivo No.3374 (R.O. 718 de 4 diciembre de 2002).

28. En cumplimiento de instrucciones gubernamentales, la Cancillería ecuatoriana notificó por la vía diplomática, en enero de 2008, la denuncia de nueve de los 25 APPRI hasta entonces vigentes para Ecuador, con aquellos

de Disputas de Inversión (CIADI) del Banco Mundial²⁹ y ciertas declaraciones sobre el derecho de patentes internacionales farmacológicas, entre otras.

Por otra parte, en alocuciones públicas y ciertos documentos oficiales, el gobierno ha indicado que, de la mano con los cambios regulatorios previstos, ha advertido dirigir sus esfuerzos programáticos hacia atraer inversiones privadas para actividades productivas, pero con el requerimiento de que estas deben cumplir con el respeto a los denominados “pilares éticos”: 1. respecto a los trabajadores, 2. respecto a los derechos del consumidor, 3. frente a las obligaciones con el Estado (impuestos) y 4. con responsabilidad por el ambiente.

La intencionalidad mostrada en varias alocuciones públicas de funcionarios de alto rango gubernamental y en algunos documentos oficiales, atenta al nivel de sensibilidad de las decisiones de inversionistas sobre el destino o permanencia de su capital en el Ecuador, las acciones asumidas en el transcurso de los últimos dos años pueden ser consideradas contradictorias a dichas expectativas, y que, a nuestro entender, se verán relegadas mientras el marco regulatorio no sea del todo adecuado, se especulará respecto a las exigencias, derechos y deberes de inversionistas y características y tipos de inversión que el Estado piensa permitir, promocionar o restringir.

Bajo tales antecedentes, se vuelve imponderable el reasumir el estudio de las condiciones propicias en las cuales dicho marco normativo legal debe procurar equilibrar tanto los lineamientos constitucionales como los esquemas de planeación gubernamental, la superación de las antes mencionadas trabas y deficiencias administrativas y estructurales en la promoción de las actividades económicas privadas para incidir en su contribución al desarrollo nacional.

países con los cuales no se habían registrado inversiones recíprocas desde su suscripción, previéndose en esa lista a: Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumania y Uruguay.

En una segunda etapa, se remitieron para la valoración del grado de consonancia constitucional el resto de dichos acuerdos a la Corte Constitucional para obtener un criterio que permitiera decidir sobre su futuro, el cual indicó que ante la previsión de cláusulas que sometían a tribunales internacionales las eventuales controversias con inversionistas amparados por dichos tratados, estos carecían de tal subordinación fundamental.

En el mes de enero de 2010, la Asamblea Nacional inició el conocimiento de la solicitud de la Presidencia de la República en torno a la denuncia del resto de acuerdos internacionales en materia de inversión, proceso que está derivando en la denuncia total y sistemática de todos los restantes.

29. En diciembre de 2007, el Gobierno Ecuatoriano notificó al Centro Internacional de Solución Disputas en Materia de Inversiones que excluía de su jurisdicción las controversias que surgieron que tuvieran relación con las acciones estatales tomadas en relación con gas, petróleo y otros recursos naturales. Posteriormente, procedió a notificar la denuncia definitiva a la Convención que creó el referido Centro (1987) en el mes de julio de 2009 (con efecto desde enero de 2010).

SISTEMA INSTITUCIONAL Y GOBERNANZA PÚBLICA PARA LAS INVERSIONES

Ante los retos que se han expuesto, es preciso evaluar cómo un esquema regulatorio puede incidir en la capacidad para generar un entorno favorable para la inversión mediante el mejoramiento de las condiciones políticas y macroeconómicas que generen estabilidad, certidumbre y fomento de las actividades económicas. Sobre las primeras es menester distinguir aquellas estrategias dirigidas al establecimiento de un marco regulatorio previsible no solo en los aspectos sustantivos de las prerrogativas y las garantías a la inversión, sino la adopción de normas procedimentales para la simplificación de todos los trámites vinculados con la interrelación de los agentes económicos y las entidades estatales.

Como una primera apreciación, basada en la experiencia reciente de Ecuador y otros países en desarrollo en relación con controversias internacionales en materia de inversiones y un criterio cada vez más generalizado sobre la necesidad de una búsqueda de re-equilibrar el tratamiento reconocido a los inversionistas privados, las normas jurídicas deben establecer no solo los derechos que asisten a los inversionistas y sus intereses, sino que deben enunciar los preceptos normativos necesarios para asegurar adecuados niveles de responsabilidad ética, económica y social de la inversión, supeditando el otorgamiento de incentivos específicos a los atributos y externalidades positivas alcanzados por las inversiones de naturaleza productiva.

Por otra parte, las leyes correspondientes deben prefigurar la estructura pública institucional central y descentralizada necesaria para su óptima implementación y monitoreo, mediante el fortalecimiento y la reorientación de un verdadero *Sistema Nacional de Gestión de las Inversiones* con una armónica interacción interinstitucional, que logre adicionalmente promover el grado de estabilidad y certidumbre que deben caracterizar a un sistema de normas que incentiven la recepción y ampliación de inversiones nacionales y extranjeras en los diversos sectores de nuestra economía.

Tomando en consideración que es importante que los inversores depositen su confianza en la integridad de los mercados, otra de las metas a alcanzar involucra la promoción de un marco jurídico que pueda garantizar el cumplimiento de los contratos, la protección de los derechos de la propiedad y la resolución de los conflictos.

Con la aprobación y expedición de la nueva Constitución de la República, como lo hemos acreditado, se aprobaron lineamientos que determinarán tanto el desarrollo normativo ulterior como el diseño y la implementación de políticas y programas relacionados con el ámbito de inversiones. Entre estos se pueden destacar resumidamente:

- Que el Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras.
- Que otorgará prioridad a la inversión nacional otorgando un rol complementario a la inversión extranjera.
- Que la inversión se orientará con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica y generación de equilibrios regionales y sectoriales.
- Que la inversión extranjera estará sometida al acatamiento del marco jurídico y a las regulaciones nacionales.
- Que se orientará, según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo (Buen Vivir) y los Planes de Desarrollo de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Se destaca que, en general, las características de las disposiciones constitucionales que delinean el modelo económico que ha adoptado el Estado ecuatoriano y la interrelación con temas como la provisión de servicios públicos y acceso a sectores estratégicos, las reglas sobre competencia económica, la subordinación del mercado a la consecución del régimen de desarrollo, entre otros, tienen importancia significativa para la generación del apropiado entorno, no solo de las inversiones, sino para la producción, el comercio y el desarrollo productivo en general.

A los retos ya identificados, debe sumarse la consideración de la existencia de un desfase entre la normativa que regula actualmente el marco general de inversiones y aquella relativa a los distintos regímenes sectoriales, y de ambos frente al nuevo esquema constitucional. El primer esfuerzo debe orientarse hacia dotar de coherencia y sistematización al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, y agravando la problemática expuesta, la revisión jurídica efectuada concluye asimismo, que los inversionistas nacionales y extranjeros se encuentran regidos por un triple sistema normativo: la legislación nacional, la normativa comunitaria andina y las disposiciones de los acuerdos bilaterales y multilaterales respectivos, situación que exigiría que, junto con la antes referida tarea, debe tenderse hacia la armonización de las disciplinas y tratamientos reconocidos y garantizados.³⁰

EL NUEVO MARCO LEGAL Y EL DESARROLLO DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

Ante la necesidad de desarrollar legalmente los preceptos constitucionales que regulan los fundamentos jurídicos del tratamiento a la inversión, es preciso establecer los

30. MIPRO, *Análisis dinámico del marco normativo de las inversiones: perspectivas para su fortalecimiento y reorientación*. Investigación a cargo del autor y desarrollada en el año 2007.

principales lineamientos que podrían considerarse a efectos de preparar una propuesta de la normativa que cumpla dicho propósito y confronte los retos que han sido demarcados, procurando un grado de estabilidad y certidumbre que deben caracterizar a un sistema legal democrático y que incida efectivamente en la recepción y ampliación de inversiones nacionales y extranjeras en los diversos sectores de nuestra economía.

De una manera preliminar, es preciso considerar que esta responsabilidad estatal no solo debe estar impulsada por la adaptación de preceptos constitucionales, sino que, en un contexto objetivo y pragmático, debe coordinarse como una labor dentro de un aun mayor marco programático, con correlación a un objetivo de implementar políticas públicas que dinamicen la economía ecuatoriana, y ante la consideración de que, en el escenario internacional, es notoria la competencia entre naciones para posicionarse como destinos atractivos para los capitales y proyectos de inversión foráneos y sus recursos. Ante tal escenario, las acciones estatales en el plano normativo e institucional habrían de concentrarse en dos tipos de esfuerzos: la conformación de un marco jurídico equilibrado, estable y transparente y la incorporación de incentivos directos para alentar la presencia y permanencia de la inversión.

Habiendo revisado brevemente la evolución de la regulación interna de los aspectos vinculados con el Derecho de las Inversiones en el Ecuador, junto con la conclusión de que su vigencia no es de reciente introducción, podría considerarse adicionalmente que su expedición asimismo se vio influenciada por la normativa comunitaria e internacional preexistente, a la cual nuestro país se comprometió en el marco subregional³¹ o bilateral, y que este tampoco ha redundado significativamente en la construcción y consolidación de los esquemas institucionales apropiados ni en el logro de metas de crecimiento y desarrollo nacional, habiendo otorgado garantías y prerrogativas que podrían ser incluso entendidas como favorecedoras –particular y discriminatoriamente– a la inversión extranjera sobre la nacional; por otra parte, los estímulos e incentivos en ella consagrados no han recibido el adecuado seguimiento y evaluación.

Sin que se pueda, por otra parte, aspirar a que el Ecuador alcance un nivel de desarrollo jurídico de su marco normativo equivalente a otros países con una caracterización económica distinta y delineada por esquemas constitucionales con concepciones de mayor apertura y flexibilidad regulatoria sobre el tratamiento a la inversión, no obstante, se podría apuntalar dicho esfuerzo considerando –en la medida de lo jurídicamente permisible y políticamente viable– algunas apreciaciones sobre las mejores prácticas internacionales. Al respecto, es prudente acudir, a modo de uno de los referentes institucionales cruciales, a los parámetros de la Organización para la

31. Al respecto, la vigencia de las Decisiones 24, 291 y 292 de la Comunidad Andina, preexistentes a la legislación ecuatoriana específica en materia de inversiones, rigen paralelamente a los cuerpos legales analizados, y por su jerarquía jurídica superior, su aplicación es directa, preferente e inmediata.

Cooperación y Desarrollo Económicos, que ha determinado como prácticas gubernamentales altamente recomendables, sobre todo en lo que corresponde a la finalidad de brindar seguridad tanto a la inversión y a los inversionistas:

- Que las acciones del gobierno sean creíbles.
- Que el sistema regulatorio sea de buena calidad.
- Que el sector público sea íntegro (sin corrupción).
- Que exista protección para los inversionistas en contra de decisiones arbitrarias.
- Que exista protección en los derechos de propiedad.
- Que exista un conocimiento general sobre las leyes (difusión).

La calidad reglamentaria y la integridad del sector público son dos aspectos de la gobernanza pública que influyen de forma decisiva en la confianza y en las decisiones de todos los inversores y determinan las ventajas que se pueden sacar de la inversión en el ámbito del desarrollo. Aunque no hay un modelo único para una buena gobernanza pública, existen normas generalmente aceptadas en la materia para ayudar a los gobiernos a desempeñar eficazmente sus críticas agendas regulatorias.³²

En el diagrama de la página siguiente, se exponen de manera adaptada, los pasos recomendados por el Banco Mundial³³ para la consideración de la introducción de una reforma en el ámbito de inversiones. La evaluación final de los logros introducidos debería ser analizada en términos de su contribución a objetivos primarios de orden social tales como sus efectos distributivos, la creación de empleos y/o mejora de condiciones salariales junto con el gradual incremento de la formación bruta de capital fijo tanto de propiedad de nacionales como de extranjeros.

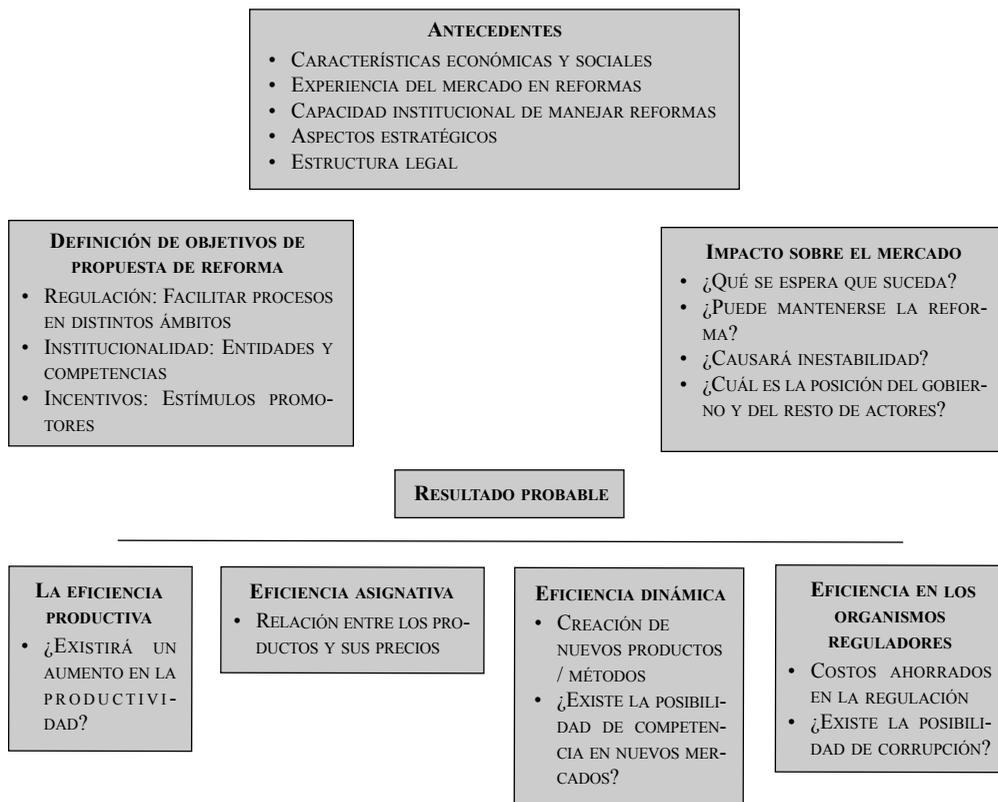
Reconociendo la importancia de las condiciones expuestas, la gestión, la promoción y la administración de la inversión basada en un nuevo régimen, está marcada, a más de estos, en promover la contribución hacia el desarrollo de la inversión nacional y extranjera, persiguiendo un óptimo grado de coherencia y armonía entre los objetivos nacionales en materia productiva y económica, las políticas generales que los orientan y el desempeño de las actividades económicas privadas y la orientación de los recursos necesarios para su desarrollo, en condiciones igualitarias y competitivas.

Estos lineamientos específicos deben ser considerados a la luz de otras disposiciones de la Constitución que tienen relación directa con el marco jurídico básico para el entorno de inversiones en el Ecuador, entre estas se consideran:

32. Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), *Marco de acción para la inversión*, París, 2006, p. 238.

33. Banco Mundial, “Transport Economics, Policy and Poverty Thematic Group”, en *Economic Appraisal of Regulatory Reform-Checklist of issues*, Washington, 2005, p. 2.

Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales...



- Sustento en las garantías de igualdad entre agentes económicos privados y la de no confiscatoriedad (expropiación) sin indemnización, y a su vez basándose en las libertades de comercio y contratación, entre otras básicas en el plano económico.
- Regulación de las responsabilidades de los gobiernos locales en relación con la gestión y promoción de la inversión y los lineamientos que deben procurarse para su contribución al desarrollo regional.
- Racionalización de las limitaciones de acceso o participación de la inversión privada a los sectores considerados como estratégicos, los cuales deben permanecer bajo la orientación, control y supervisión estatal pero cuyo aprovechamiento sustentable puede propiciarse con el apalancamiento de capitales privados, en empresas mixtas.
- Consideración de alternativas que permitan, en casos que deben ser calificados por la Ley, el sometimiento a mecanismos de solución de controversias en

materia de inversiones entre el Estado y empresas particulares extranjeras, con una priorización de foros regionales para dicho sometimiento.³⁴

El ámbito de cobertura de una propuesta legal, por consiguiente, requeriría la instauración de un régimen general de la inversión privada en el Ecuador, cuyo ámbito de aplicación o cobertura debería diferenciarse, como una de sus características esenciales, de otras normas que, por su naturaleza, estén sujetas a un régimen particular, tales como el tratamiento relativo a la inversión pública así como aquella realizada por agentes económicos nacionales o extranjeros en los sectores económicos calificados como estratégicos, sujetos a disposiciones específicas para su admisión u operación.

Otros aspectos importantes, que podrían ser evaluados, corresponden a la enunciación de prescripciones legales que aseguren ciertos niveles de responsabilidad ética, económica y social de la inversión, que supediten el otorgamiento de incentivos específicos a los atributos y externalidades positivas de la inversión de naturaleza productiva y que prefiguren la estructura pública institucional central y descentralizada, con competencias amplias y claras, necesarias para su óptima implementación y monitoreo.

El ejercicio del proceso legislativo que dio como resultado la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones,³⁵ siguiendo tal línea, acogió en gran medida los parámetros ideales a ser cubiertos en una propuesta legal integral, procurando equilibrar el desarrollo de las disposiciones constitucionales respectivas y los principios económicos programáticos gubernamentales y, a su vez, acoja las características materiales y formales de una norma jurídica de rango legal, que habilite su posterior aplicación en normas reglamentarias adecuadas y ejecución de programas, planes y proyectos para el real cumplimiento de los ambiciosos propósitos considerados para todo este esfuerzo estatal. En términos de eficacia normativa, recogiendo las conclusiones de un tratadista mexicano,

esta abarca tres aspectos de su contenido: los principios programáticos que establece, los objetivos que con estos pretenden alcanzarse y las facultades que otorga al Estado para el cumplimiento de las responsabilidades que le asigna. En cuanto a los primeros, el alcance de la planeación del desarrollo nacional se enfrenta con la difícil posibilidad material

34. Acogiendo el mandato constitucional previsto en el art. 422, que preceptúa: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas... Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

35. Registro Oficial 351 de 29 de diciembre de 2010.

y jurídica de sancionar su incumplimiento, incluso en su vertiente obligatoria con respecto a la administración pública.³⁶

De modo consecuente, entre las líneas de trabajo normativo, bajo las premisas de que la reorientación del marco jurídico, mediante el trabajo coordinado inicialmente por el Ministerio de Industrias y Competitividad y posteriormente continuado por el Ministerio de la Coordinación de la Producción, Empleo y Competitividad, la propuesta debía concentrarse en dos tipos de esfuerzos: la conformación de un marco jurídico estable y transparente y la incorporación de incentivos directos para alentar la presencia y permanencia de la inversión.

Se detallan a continuación los objetivos que impulsaron y delinearón el Proyecto de Ley original:

- Promover la inversión nacional y extranjera, persiguiendo un óptimo grado de coherencia y armonía entre los objetivos nacionales en materia productiva y económica, las políticas generales que los orientan y el desempeño de las actividades económicas privadas y la orientación de los recursos necesarios para su desarrollo;
- Ampliar la cobertura a las modalidades y formas que puede adoptar la inversión.
- Brindar trato nacional al acceso de inversiones e inversionistas a los distintos sectores económicos productivos, excluyendo de dicha cobertura a sectores estratégicos, repensando en mantenimiento de reservas a su aplicación pero en condiciones igualitarias y competitivas.
- Priorizar la inversión nacional mediante la aplicación de incentivos específicos.
- Tender a la armonización de las disciplinas y tratamientos reconocidos y garantizados en la legislación nacional, la normativa comunitaria y las disposiciones de los acuerdos bilaterales, destacando el respeto a dichos compromisos, como una garantía general.
- Asegurar ciertos niveles de responsabilidad económica, social y ética de la inversión y de los inversionistas.
- Racionalizar, propender a la codificación y supeditar el otorgamiento de incentivos específicos a los atributos y externalidades positivas de la inversión de naturaleza productiva, junto con la derogatoria de aquellos que se superpusiesen, ya no se aplicaren o no se estimen apropiados.

36. José Francisco Ursúa Remírez, "Eficacia normativa y constitución económica", en *XII Conferencia Internacional de Análisis Económico del Derecho de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía*, México D.F., 2008, p. 43.

- Establecer reglas sobre la interacción y coordinación con los gobiernos locales y la adecuada descentralización de la gestión de la inversión productiva.
- Implementar una estructura pública institucional especializada, tanto a nivel central como descentralizado, necesaria para la óptima implementación de las prerrogativas y evaluación de obligaciones, mediante el fortalecimiento y la reorientación de un sistema nacional de gestión de las inversiones con responsabilidades interinstitucionales claramente definidas, que incluyan la promoción de inversiones nacionales y extranjeras en los diversos sectores productivos de nuestra economía.
- Prever reglas de solución de controversias que se aplicarán para las disputas entre inversionistas y el Estado ecuatoriano, priorizando mecanismos previos de análisis y relación directa con inversionistas para prevenir conflictos o solucionarlos en una etapa pre litigiosa.

A continuación, y como elemento final de este análisis, se revisan algunas de las caracterizaciones recogidas en la versión finalmente expedida y puesta en vigencia tras el veto parcial del Presidente de la República.³⁷ El denominado de forma simplificada Código de la Producción,³⁸ que integra en su crucial contenido, un libro relativo al ámbito de inversiones.³⁹

El análisis de los fundamentos de la propuesta debe partir de la referencia a la exposición de motivos y los antecedentes del proyecto de Código: en el primero, se realiza un aparente diagnóstico de la situación económica y la normativa imperante, en cuyos términos relativos al objeto central de este trabajo resaltamos los siguientes:

... De igual manera, la misma ley mantiene un capítulo sobre la regulación de inversiones en el Ecuador, que en la práctica no ha fomentado el incremento e interés de inversiones productivas, nacionales o extranjeras, en nuestro país. Más aún, en sectores estratégicos para el Estado, las regulaciones actuales no dejan espacio a establecer mecanismos de incentivos acordes a la planificación nacional y sectorial... Así también, se busca cubrir los vacíos legales que existen en la actividad tanto pública como privada, relacionada con el fomento e incentivos a las micro, pequeñas y medias empresas, para potenciar la mejora de su productividad y su internacionalización.

37. Oficio remitido por el Presidente de la República con fecha 16 de diciembre de 2010. Previamente se habían realizado el primer y segundo debates con fechas 4 y 16 de noviembre del mismo año.

38. Es preciso mencionar que varios de los criterios comentados en este artículo fueron considerados para la elaboración del referido cuerpo legal. La base de dicha propuesta consideró un proyecto equivalente impulsado por el MIPRO desde el año 2007, en el cual el autor tuvo la oportunidad de participar como coordinador del respectivo grupo de trabajo.

39. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Libro II-Del Desarrollo de la Inversión Productiva y de sus Instrumentos.

El punto de partida lo constituyó el marcar una concepción hacia un régimen integral de la inversión privada, que se constituya en el compendio de las principales normas relativas a su gestión, con una cobertura amplia de aspectos institucionales y regulatorios. Dicho alcance integral estaría dado, prioritariamente por una jerarquía superior sobre otras normas jurídicas (que se materializó al otorgársele el carácter de Ley Orgánica) y por la inclusión de reglas sobre el establecimiento de inversiones nacionales y foráneas –realizadas en áreas distintas a las preservadas como estratégicas– así como su control, promoción y la caracterización de incentivos para la atracción de aquella dirigida a sectores productivos prioritarios, por su mayor contribución hacia el desarrollo económico y social nacional.

Evidentemente, su carácter general no debería impedir la expedición o reforma de regímenes especiales o particulares para el tratamiento de las inversiones en determinados sectores económicos,⁴⁰ al amparo de otras leyes de igual o mayor jerarquía, las cuales prevalecerían sobre dicho régimen, al cual acudirían como su norma supletoria, al igual que las normas que regulen los sectores estratégicos, que quedarían excluidas del ámbito de cobertura de la Ley.

En cuanto a los aspectos institucionales, el Código estableció la creación del Consejo Sectorial de la Producción,⁴¹ órgano rector que se encarga de definir las políticas de desarrollo productivo y de fomento de las inversiones. Se reconoce también la participación intersectorial de la ciudadanía a través del Consejo Consultivo de Desarrollo Productivo y Comercio Exterior, que puede proponer o sugerir lineamientos técnicos para la elaboración de las referidas políticas.

Por otra parte, como uno de los pilares del régimen previsible, fue congruente con la norma constitucional respectiva, la equiparación en el trato esencial para los inversionistas nacionales y extranjeros, respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones, con excepciones específicas en relación con una obligación de registro del ingreso de recursos.

En cuanto a las modalidades de inversión, que por efectos de claridad en cuanto a su cobertura, deberían atender a una amplia lista de transacciones o formas que puede adoptar la inversión⁴² ligándola al desarrollo de actividades económicas y a que sea realizada conforme las normas previstas en la ley ecuatoriana. La adquisición de bienes tangibles sean muebles o inmuebles, derechos sociales de empresas, dere-

40. A partir del año 2008 se han expedido nuevos marcos regulatorios o reformas trascendentales en los ámbitos de hidrocarburos, minería, electrificación, entre otros ámbitos estratégicos.

41. Art. 6.

42. Finalmente fueron recogidas en el Reglamento correspondiente al Libro II del Código de la Producción. Decreto 757. R.O. 450 de 17 de abril de 2011.

chos contractuales e intangibles, serían ejemplos ilustrativos que deberían formar parte del acervo que estaría amparado por la ley.

Uno de los requerimientos básicos lo constituyó la sistematización y racionalización de una batería significativa de incentivos y estímulos para la inversión nacional y extranjera, cuando esta cumpla determinados parámetros que la cataloguen como productiva, siendo entre otros que contribuya de manera efectiva a la generación de empleo nacional, al incremento de la capacidad competitiva del sector público y privado, al desarrollo, uso y transferencia de tecnologías para la incorporación de valor agregado a los procesos de producción, entre otros elementos económicos y sociales clave.

Para alentar las inversiones productivas, el régimen propugna el tratamiento de estímulos estatales, particularmente en lo que se refiere al reconocimiento de incentivos de carácter financiero y tributario que también fueron extendidos hacia los ámbitos comercial y aduanero. Mención aparte para destacar la alternativa de un enfoque para el tratamiento de los contratos de estabilidad de inversiones, que pese a no haber mostrado una incidencia real en la presencia de capitales foráneos en el país, su presencia es casi generalizada en los regímenes de la región y adecuadamente regulados; su suscripción⁴³ se restringe únicamente para recoger y estabilizar las condiciones y prerrogativas sobre aquellas disposiciones del marco legal que sean declaradas y consideradas como determinantes para la realización de un proyecto de inversión; no obstante, en la administración de este régimen específico debe procurarse evitar la manipulación del sistema de incentivos hacia mecanismos que aseguren la obtención dirigista de privilegios o la obstaculización de competidores en un mal entendido propósito de impulsar la maximización de beneficios.⁴⁴

De forma equilibrada, para los inversionistas nacionales y extranjeros, así como para sus inversiones, se reconocen garantías⁴⁵ tales como el derecho a la propiedad, la libertad de transferencias al exterior de utilidades y otros recursos, tratamiento justo y equitativo, entre otras de carácter asistencial o promocional para el desarrollo de proyectos de inversión; pero correlativamente, deber de sujetarse a la observancia y fiel cumplimiento de las leyes del país y en especial de las relativas a los aspectos laborales, medio ambientales, tributarios y de seguridad social. Para procurar un adecuado cumplimiento de estos, la vinculación de dichas obligaciones al goce de los incentivos generales y específicos de los que gozará un inversionista resultaría probablemente una medida acertada.

43. El plazo de duración de los contratos de inversión será de 15 años desde su celebración y podrán ser prorrogados por una sola vez por el mismo plazo. Art. 25 y 26 del Código de la Producción.

44. Gerardo Strada Sáenz, "Estado y Mercado", en Julio Pinto, *Introducción a la Ciencia Política*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1995, p. 208.

45. Art. 17, 18 y 19 del Código de la Producción.

El logro de esta sistematización de derechos y prerrogativas –nos permitimos insistir– también requiere armonizar las normas nacionales correspondientes, no solo con los nuevos estándares constitucionales y con los lineamientos de la política social y económica del gobierno, sino que debe, paralelamente, ceñirse a los estándares internacionales acordados previamente en los compromisos bilaterales, comunitarios y multilaterales asumidos, sin perjuicio de una redefinición de la política exterior, que conforme la está conduciendo el gobierno, en vez de involucrar una eventual renegociación estratégica de tales compromisos, apunta hacia un abandono de estos por vías de la renuncia o terminación unilateral.

Dentro del Código, se considera la existencia de *beneficios específicos* que son únicamente dirigidos para la inversión productiva nueva⁴⁶ y que cumplan con los requisitos establecidos por la Secretaría Técnica del Consejo Sectorial de la Producción, que asumirá la responsabilidad de su monitoreo, junto con el Servicio de Rentas Internas, en lo que a los de carácter tributario se refiere.⁴⁷

Bajo ese marco y a pesar de la adopción de los incentivos, el criterio de muchos inversionistas, recogido por encuestas nacionales e internacionales y ciertas bases teóricas, han cuestionado la eficacia real de estos en atraer la inversión cuando no existe previamente un ambiente o clima propicio que, más allá de lo netamente económico, comprende variables como la estabilidad política, seguridad jurídica y otras condiciones deseables para el establecimiento y expansión de una inversión.

Los incentivos tributarios, por tanto, tienen una utilidad limitada para atraer inversión extranjera directa o promover la inversión nacional, pero pueden ser determinantes en la decisión de localización o ampliación de operaciones entre estados que tengan un clima de inversión equivalente.

Inmediatamente esta afirmación deviene en la idea de que resultan ser las empresas multinacionales aquellas que pueden de mayor forma optimizar una aplicación efectiva de incentivos tributarios en sus estrategias globales, ya sea por el elevado costo para empresas nacionales de emprender actividades fuera del país o por otras circunstancias que les impedirían un adecuado aprovechamiento.

Aunque puede resultar complejo privilegiar alguno de esos atributos que fueron criticados, en nuestro criterio, la sistematización de incentivos, tanto dentro de la política pública y la estructura normativa, resulta uno de los factores más importantes a ser considerados. Por ello, se considera acertada la decisión legislativa de proceder a la racionalización y –ojala pronta– codificación de los incentivos vigentes en el Ecuador, en la medida de lo posible, en solo cuerpo legal, lo que generaría mayor

46. *Ibid.*, art. 14.

47. *Ibid.*, arts. 28 y 29.

grado de certeza y congruencia en su promoción, aplicación y control, siendo la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, la llamada a cumplir ese papel.

Cabe destacar la inclusión de un régimen sancionatorio sin precedentes en las legislación anterior sobre inversiones, que contempla como infracciones el incumplimiento probado por la autoridad competente de las leyes laborales, tributarias, de seguridad social o ambiental del país y demás normas que regulan la inversión; y la falsedad comprobada judicialmente de los documentos de respaldo para conseguir el incentivo.⁴⁸ Se prevé la potestad adicional del ejercicio de acciones civiles o penales, la facultad de solicitar la revocatoria de los beneficios otorgados, a través de una Resolución de la Secretaría Técnica del Consejo Sectorial, sujeta a recursos conforme las normas del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de Función Ejecutiva.

Análisis aparte merecería la sección relativa a la solución de controversias prevista por el Código de la Producción, limitándonos por lo pronto a destacar que, en lo que se refiere a los contratos de inversión, como innovación se exige haber agotado completamente la vía administrativa, haber intentado una solución directa y negociada durante un período de sesenta días (período de enfriamiento); posteriormente el inversionista y el Estado deberán propiciar una instancia de mediación obligatoria dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inicio de negociaciones, para finalmente dar paso al arbitraje nacional o arbitraje internacional, excepto para asuntos tributarios; también se prevé el sometimiento a la justicia ordinaria nacional.⁴⁹

Finalmente, es prudente comentar que todo marco legal debe ser continua y permanentemente sujeto a revisión y eventual actualización, considerando no solo su grado de ajuste a las disposiciones constitucionales que se han comentado, sino también a su grado de incidencia en el comportamiento de inversionistas y el desempeño de sus inversiones. Ante todo, debe considerarse que más allá que la mera regulación de conductas, en términos de la visión de Norberto Bobbio⁵⁰ el derecho también es un producto histórico en constante cambio y ajuste, y si lo confrontamos con el plano de las relaciones económicas, implica una ardua y delicada responsabilidad estatal, que solamente si es adecuadamente ejercida, podrá contribuir decididamente en el desarrollo humano, meta universalmente compartida.

48. *Ibid.*, art. 31.

49. *Ibid.*, art. 27.

50. Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 16.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto, y Fander Falconí, “Otra Política económica, deseable y posible”, en *Asedios a lo Imposible: propuestas económicas en construcción*, Quito, ILDES-FES, 2005.
- Banco Mundial, “Transport Economics, Policy and Poverty Thematic Group”, en *Economic Appraisal of Regulatory Reform—Checklist of issues*, Washington, 2005.
- Bidart Campos, Germán, “La Constitución Económica (Un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 6, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, enero-junio de 2002.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1991.
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, *Análisis de las Políticas de Inversión—Ecuador*, Ginebra, 2002.
- *Informe Mundial de las Inversiones 2010*, Ginebra, 2010.
- De la Cruz Ferrer, Juan, *Apuntes de Derecho Público Económico: la intervención pública en la economía y en la empresa*, Madrid, Dykinson, 1992.
- Farjat, Gérard, *Derecho Económico*, Paris, Edit. Presses Universitaires de France/Themis Droit Edition, 1971.
- Fernández-Espinar y López, Luis Carlos, “Constitución y Sistema Económico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1986.
- Guerra Bello, Gustavo, Informe de Consultoría “Análisis dinámico del marco normativo de las inversiones: perspectivas para su fortalecimiento y reorientación”, Quito, Ministerio de Industrias y Productividad, 2007.
- Gutiérrez, Gilberto, “Marco económico constitucional ecuatoriano” en *Revista Iuris Dictio*, Año X, No. 12, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2009.
- Leguizamon Acosta, William, *Derecho Constitucional Económico*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- Moguillansky, Graciela y, Ricardo Bielschowsky, *Investment and Economic Reform in Latin America*, Santiago de Chile, CEPAL, 2000.
- Montaño Galarza, César, “Concepto y campo problemático del Derecho Económico”, en *Revista de Derecho Foro*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2005.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD), *Marco de Acción para la Inversión*, París, 2006.
- Pinto, Julio, *Introducción a la Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba/Editorial Universitaria, 1995.
- Ramírez Arrayás, José Antonio, *Constitución Económica y Dominio Legal*, Santiago de Chile, Instituto de Políticas Públicas de la Universidad Central de Chile, 1998.

Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del Derecho*, México D. F., Instituto Tecnológico Autónomo de México/Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística/Fondo de Cultura Económica, 2001.

Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Resumen Ejecutivo del Plan Nacional de Desarrollo, 2008.

Ursúa Remírez, José, *Eficacia normativa y constitución económica*, México D.F., XII Conferencia Internacional de Análisis Económico del Derecho de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, 2008.

Valencia M., Alexis, “*Revisión y propuesta sobre la Política de Incentivos para la Inversión en Ecuador*”, Ministerio de Industrias y Productividad, Informe de Consultoría Quito, 2007.

NORMAS CITADAS

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

Constitución de la República de Ecuador

Ley de Comercio Exterior e Inversiones (derogada)

Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (derogada)

Reglamento al Libro II del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

Fecha de recepción: 11 de julio de 2012

Fecha de aprobación: 18 de septiembre de 2012

ANEXOS

A) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Igualdad de los extranjeros

(Ref. Constitucional, arts.13, 14, 15, 17, 23, 244, 271)

- Los extranjeros gozan de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.
- Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevan implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.
- Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional.
- Inversión nacional y extranjera en iguales condiciones.
- Se garantiza los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación.

Estabilidad jurídica

(Ref. Constitucional, art. 271)

- El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas, con el fin de dotarlos de estabilidad jurídica.

Propiedad privada

(Ref. Constitucional, arts.23,30,32,33)

- Se reconoce el derecho a la propiedad, en los términos que señala la Constitución, la Ley y los tratados internacionales.
- La propiedad en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.
- Excepcionalmente y solo para fines de orden social, se permite la expropiación en los términos establecidos en la constitución y la Ley por parte de las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.

Propiedad intelectual

(Ref. Constitucional, arts. 30,84)

- Se reconoce y garantiza la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes.
- El Estado reconoce y garantiza a los pueblos indígenas, la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

Libertad y promoción de empresa

(Ref. Constitucional, arts. 23, 245, 244)

- El Estado reconoce y garantiza a las personas la libertad de empresa, con sujeción a la ley.
- El Estado reconoce, garantiza y regula las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión.
- Al Estado le corresponde: Garantizar el desarrollo de las actividades económicas; Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos.

Monopolios y libertad de competencia

(Ref. Constitucional, art. 244)

- Al Estado le corresponde garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales públicas y privadas recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán las inversiones nacionales y extranjeras.
- Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal.
- El Estado deberá promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.

Bienes del Estado

(Ref. Constitucional, arts. 247, 248)

- Son de propiedad inalienable e imprescindible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.
- Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios.
- Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescindible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley.
- El Estado tiene derecho soberano sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales.

- Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

Prohibiciones

(Ref. Constitucional, art. 90)

- Se prohíben la fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?

Nicolás M. Perrone*

RESUMEN

Los tratados bilaterales sobre promoción y protección recíproca de inversiones (TBIs) tienen dos grandes objetivos: uno concreto e inmediato, el otro vago y mediato. Primero, estos acuerdos brindan garantías al inversor extranjero respecto del tratamiento que el Estado receptor otorgará a sus proyectos. Segundo, la firma de estos tratados pretende atraer más inversión extranjera a los países signatarios. El esquema de los TBIs, por lo tanto, se sustenta en la creencia de que los flujos de capitales extranjeros son afectados por la incapacidad institucional de los potenciales estados receptores. Estos tratados servirían para remediar esta falencia. Desde una perspectiva de política económica, no obstante, los beneficios para los países receptores son motivo de grandes discusiones. El presente trabajo busca ampliar este debate, analizando en qué medida los TBIs ayudan a los estados receptores a desarrollar las instituciones adecuadas para sus democracias y sus economías de mercado.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional de inversiones, régimen internacional de inversiones, tratados bilaterales de inversiones, justicias domésticas, democracia, Unasur.

SUMMARY

Bilateral Investment Treaties (BITs) have two major objectives: one concrete and immediate; and another vague and mediate. First, these agreements provide gua-

* Investigador del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE, UBA). Este trabajo es el tercero de una serie de estudios sobre la interacción y los efectos del régimen internacional de inversiones en las instituciones domésticas administrativas y judiciales. El primero está dedicado a la recepción y aplicación de los TBIs en la justicia argentina: “Tratados bilaterales de inversión y derecho interno: efectos en la jurisdicción argentina”, en *Derecho comercial y de las obligaciones*, No. 249, 2011, p. 25. El segundo se refiere a la situación de las justicias locales frente al actual régimen internacional de inversiones: “La protección de la Inversión Extranjera y la Justicia Doméstica / Regional: El caso Argentino y de la UNASUR”, ponencia presentada en la Primera Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, “Estado y Futuro del Derecho Internacional Económico en América Latina: Del Comercio a la Inversión”, 8-9 de septiembre de 2011, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

rantees to foreign investors regarding the treatment that host States shall accord to their investments. Second, the negotiation of these treaties seeks to attract more foreign investment to signatory countries. The BITs scheme is therefore based on the assumption that foreign capital flows are affected by the institutional incapacity of potential host States. These treaties would serve to remedy this deficiency. From a political economic perspective, however, the benefits for host States are subject of discussion. This paper aims to expand this debate, considering whether BITs help host States to develop appropriate institutions for their democracies and market economies.

KEY WORDS: international investment law, international investment regime, bilateral investment treaties, domestic justices, democracy, Unasur.

FORO

INTRODUCCIÓN

Los tratados bilaterales sobre promoción y protección recíproca de inversiones (TBIs) tienen dos grandes objetivos: uno concreto e inmediato, el otro vago y mediato. Primero, estos acuerdos brindan garantías al inversor extranjero respecto del tratamiento que el Estado receptor otorgará a sus proyectos, vedando toda actividad pública arbitraria, discriminatoria o el incumplimiento de las condiciones acordadas al momento de la inversión. Los TBIs parten de la premisa que las instituciones locales no consiguen minimizar razonablemente el riesgo político que asume el inversor extranjero. Segundo, la firma de estos tratados atraería más inversión extranjera a los países signatarios. El esquema de los TBIs se sustenta en que los estados buscan efectivamente aumentar el flujo de capitales extranjeros, y que este objetivo es afectado por la referida incapacidad institucional. Por ello, los gobiernos están dispuestos a sacrificar parte de su soberanía para reducir el riesgo político.¹ Como puede verse, estos objetivos guardan en sí mismos cierta asimetría. Las obligaciones asumidas en los TBIs tienen un grado importante de eficacia, como resultado de un mecanismo de resolución de controversias en el que el inicio de una disputa depende de la voluntad del inversor, y su resolución ha sido delegada a tribunales arbitrales internacionales.² No obstante, desde una perspectiva de política económica, los beneficios para los países receptores son motivo de grandes discusiones.³ En una palabra, para

-
1. Jeswald. W. Salacuse y Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, p. 77.
 2. Jan Paulsson, “Arbitration Without Privity”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (Fall 1995)*, vol. 10, No. 2, pp. 232-234.
 3. UNCTAD, “The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries”, Naciones Unidas, New York y Geneva, 2009.

los estados, el trato que ofrecen los TBIs se traduce en un pago inicial en el presente por un beneficio eventual y futuro.

Actualmente, más allá de los desafíos legales que plantea cada controversia, la cuestión institucional es una parte esencial del debate sobre los TBIs. Los argumentos se centran en torno a la eficacia de estos tratados como herramientas para atraer inversión extranjera. Este punto ha sido extensamente discutido, sin que se hayan alcanzado mayores consensos al respecto.⁴ Además, recientemente se ha puesto en duda que los TBIs reduzcan el riesgo político del país receptor, abriéndose una nueva ola de críticas.⁵ Pero el fondo del asunto no solo se refiere a la cantidad de inversión extranjera, sino también a sus efectos en los países receptores, tanto a nivel económico como institucional.⁶ En este marco más amplio, los TBIs son herramientas que operan sobre las instituciones a efectos de atraer inversión extranjera. La idea fundacional del actual régimen internacional fue expuesta por primera vez en 1957, cuando Hermann Abs se refirió a la Magna Carta para el capital extranjero.⁷ En su visión, el capital privado extranjero es clave para el desarrollo, y, entonces, es necesario encontrar los medios para fomentar su desplazamiento a los países que más lo necesitan. Para ese fin, él propuso los tratados de protección de inversiones.⁸

Pero en esa misma conferencia, las voces no fueron del todo coincidentes. Miguel Cuaderno Sr. explicó por qué países como Filipinas querían desarrollar sus propios capitales, sus propias empresas, es decir, su propia economía de mercado. En este discurso, la economía de mercado formaba parte de un objetivo mayor que incluía la consolidación de la forma democrática de gobierno.⁹

-
4. El trabajo de UNCTAD (nota 3) describe una serie de estudios sobre la relación entre la firma de TBIs y la atracción de inversión extranjera (realizados durante 1998-2008). Concluye que los resultados son diversos y que todos merecen distintas reservas. No obstante, UNCTAD afirma que los TBIs tienen algún efecto sobre la atracción de inversión extranjera, pp. 109-112.
 5. Launge Skovgaard Poulsen, "The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence", en Karl P. Sauvant, edit., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009/2010*, New York, Oxford University Press, 2010.
 6. Ver José Álvarez y Kathryn Khamsi, "The Argentine Crisis and Foreign Investors. A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", en Karl Sauvant, edit., *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 473.
 7. Hermann Abs, "The Safety of Capital", en James Daniel, edit., *Private investment: the key to international industrial development; a report of the San Francisco Conference*, October 14-18, 1957, patrocinado por Time-Life International and Stanford Research Institute, New York, McGraw Hill, 1958, pp. 69-77.
 8. Hermann Abs y Lord Hartley Shawcross, "A proposed Convention to protect private foreign investment. A Round Table", en *Journal of Public Law*, vol. 9, 1960, p. 115.
 9. Miguel Cuaderno Sr., "The Anti-Capitalist Attitude", en Daniel James, edit., *Private investment: the key to international industrial development; a report of the San Francisco Conference*, patrocinado por Time-Life International and Stanford Research Institute, New York, McGraw Hill, 1958, pp. 52-61.

Frente al debate de tono econométrico sobre la cantidad de inversión extranjera, y a las controversias legales positivas o de *black letter law*, este trabajo busca recuperar una perspectiva más amplia respecto de la inversión extranjera para enriquecer el análisis sobre los efectos de los TBIs. La pregunta que pocos se han hecho en esta área del Derecho internacional económico, y que pretendo explorar, es en qué medida los TBIs ayudan a los estados a desarrollar las instituciones adecuadas para sus democracias y sus economías de mercado.¹⁰ Dejando de lado el aumento cuantitativo de la inversión extranjera, lo que debemos evaluar es si los TBIs son un incentivo positivo o negativo para el progreso de las instituciones de los países signatarios menos desarrollados y, por consiguiente, para su desarrollo.¹¹ Por un lado, la inversión extranjera presionaría sobre la administración pública y el poder judicial para su mejoramiento y modernización. Por el otro, si los TBIs otorgan a los inversores la posibilidad de desconocer las instituciones locales y acudir en cualquier momento a un arbitraje internacional de inversiones, cabe preguntarse cuál es el efecto que este comportamiento tendría en las instituciones locales. ¿Mejora las condiciones para el fortalecimiento de una economía de mercado doméstica, o simplemente facilita el accionar del capital extranjero en el país receptor? ¿Qué sucede con la democracia como forma de gobierno de los habitantes de la comunidad receptora? Muchos estudios se han concentrado en el espacio de política pública que los TBIs dejan a los estados.¹² Sin embargo, ninguno ha puesto el énfasis en los efectos de estos tratados en las instituciones democráticas y del mercado de los países signatarios.

Evidentemente, una decisión consciente sobre el futuro de los TBIs requiere considerar en mayor profundidad estas preguntas. Porque si la inversión extranjera que se establece en el marco de este régimen internacional afecta negativamente las instituciones domésticas del mercado y la democracia, los costos y beneficios de estos tratados merecen ser repensados. En mi opinión, el debate nunca ha incluido el efecto que los TBIs tendrían en el desarrollo institucional de Sudamérica (y quizá de todos los países en desarrollo). Este trabajo vislumbra dos argumentos en este sentido. El primero es que la posibilidad que tienen los inversores extranjeros de evitar las etapas administrativas y judiciales domésticas afectan la democracia como forma de

-
10. La principal excepción es Tom Ginsburg, "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance", en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, No. 1, 2005, pp. 107-123. Ver también, Jan Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Hamburg, Gabler, 2011, en especial el capítulo 6 "BITs and Institutional Quality".
 11. Dani A. Rodrik, y otros, "Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development", en *Journal of Economic Growth*, vol. 9, 2004, pp. 131-165.
 12. Por ejemplo, ver UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment. A sequel*, Nueva York/Geneva, 2012, y su comentario en Jonathan Bonnitcha, "Review of Fair and Equitable Treatment: A Sequel (UNCTAD 2012) en *Book review TDM*, 16 mayo 2012.

gobierno. Como enseña Rosanvallon, la participación ciudadana no se limita al voto, y, en realidad, los gobiernos elegidos por la mayoría de la población no son más que una parte, por cierto muy importante, de la democracia.¹³ El eje central pasa por incentivar canales de expresión ciudadana respecto de cuestiones públicas. En este sentido, los inversores extranjeros tienen la capacidad de retirar su conflictividad de las instituciones administrativas y de control local, lo que limitaría la participación democrática en el Estado receptor.

Además, al limitar la labor de las instituciones domésticas, se producen dos efectos importantes para su desarrollo. Primero, las justicias domésticas pierden una oportunidad importante para mejorar su calidad y prestigio, dado que ellas no se encargan de procesar la conflictividad con el inversor extranjero. Sudamérica necesita poderes judiciales más eficientes, transparentes y honestos para consolidar sus economías de mercado democráticas, no solo para los inversores extranjeros sino también para los locales. En este sentido, algunos autores han sostenido que la mejor alternativa para la protección del inversor extranjero la constituyen las justicias domésticas, mientras que los TBIs constituyen un parche institucional.¹⁴ Segundo, y como consecuencia, estos tratados eliminan la voz de los órganos administrativos, de control y judiciales.¹⁵ La justificación tradicional de los TBIs es que esta voz podría ser arbitraria con respecto del inversor extranjero. Aunque este argumento sea convincente, no puede ser llevado hasta el extremo que toda voz que exponga las particularidades y las preferencias de la comunidad local será necesariamente arbitraria con el inversor extranjero.

Para desarrollar esta temática y proponer dos alternativas, la siguiente sección presenta un breve panorama de los TBIs, su estructura y funcionamiento. Luego, se analizan las críticas más recientes y sus fundamentos, destacando que los efectos institucionales no forman parte de la discusión principal sobre este régimen internacional. A continuación, me dedico a elaborar sobre estos efectos basado en trabajos previos, a los que sumo mis dos argumentos principales. Finalmente, considero algunas alternativas consistentes con dos proposiciones básicas. Por un lado, es razonable que

13. Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*, París, Éditions du Seuil, 2006, pp. 9-31.

14. Vaughan Lowe, "Changing Dimensions of International Investment Law", en *Oxford Legal Studies Research Paper Series Working Paper*, No. 4, 2007, pp. 51-52. Disponible en [<http://papers.ssrn.com/Abstract=970727>]. Esta también parece ser la conclusión de dos influyentes trabajos realizados por Andrew Guzman. Ver Zachary Elkins, Andrew T. Guzman, y Beth A. Simmons, "Competing for capital: The diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000", en *International Organization*, vol. 60, No. 4, 2006, pp. 811-846; y Andrew Guzman, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", en *Virginia Journal of International Law*, No. 38, 1998, pp. 639-688.

15. En este trabajo utilizo el concepto de voz desarrollado por Albert O. Hirschman en su libro *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, MA Harvard University Press, 1970.

los inversores extranjeros demanden mayores garantías (o al menos no es arbitrario que lo hagan),¹⁶ pero por otro lado, la atracción de inversión extranjera a través de TBIs puede resultar un obstáculo para mejorar las instituciones domésticas. Por lo tanto, el debate político y académico debe centrarse en cómo proteger al inversor extranjero en un marco institucional que constituya un incentivo positivo para una economía de mercado democrática.

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Los TBIs, como su nombre lo indica, involucran a dos países cuyos inversores quedan automáticamente incluidos dentro de su ámbito de aplicación, siempre que reúnan las características previstas en el tratado para calificarlos como inversor e inversión extranjera.¹⁷ En este sentido, la mayoría de los acuerdos incorporan una definición amplia de inversión que incluye cualquier activo, mientras someten la calificación de inversor a la ley de la nacionalidad, en el caso de las personas físicas, y a la ley del lugar de constitución, en el caso de las personas jurídicas.¹⁸ Los TBIs tienen un lado sustancial que incluye estándares de protección contra la posible arbitrariedad del Estado receptor, y un lado procedimental que establece el remedio con que cuentan los inversores extranjeros frente a una medida concreta. Si bien para los fines de este trabajo es necesario ahondar en el aspecto procedimental de estos tratados, tal análisis requiere un conocimiento previo de algunos aspectos sustanciales.

Las normas incluidas en los TBIs están enunciadas de forma vaga y ambigua, por lo que su significado depende de la interpretación en el caso concreto.¹⁹ Estos estándares guardan cierta similitud con normas constitucionales para la protección de la propiedad y el mantenimiento de la igualdad ante la ley. De esta forma, es posible distinguir dos grandes categorías. La primera se refiere a la prohibición de discriminación. Los TBIs prohíben a los estados brindar un trato menos favorable a un inversor protegido, ya sea respecto de inversores nacionales (trato nacional) o extranjeros (trato de la nación más favorecida).²⁰ En casi cualquier segmento del mercado, un

16. Según el modelo de la *obsolescing bargain* desarrollado por Raymond Vernon en *Sovereignty at bay: The multinational spread of U.S. enterprises*, Londres, Longman, 1971.

17. Rudolph Dolzer, y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 46-71.

18. UNCTAD, "Scope and Definition", Naciones Unidas, New York, Geneva, 1999.

19. Jason Yackee, "Toward a Minimalist System Of International Investment Law?", en *Suffolk Transnational Law Review*, No. 32, 2009, pp. 314-315; Jan Paulsson, "International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law", en Albert Jan Van Den Berg, edit., *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 13 (Montreal, 2006)*, Kluwer Law International, 2007, pp. 881-882.

20. Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, pp. 178-190.

inversor enfrenta a competidores que intentan por medios legítimos ampliar su número de consumidores. Ahora bien, si las reglas o los incentivos varían, hay algunos inversores que de pronto se encuentran en mejores condiciones que otros, aunque no necesariamente por su habilidad comercial. Estas medidas pueden estar fundadas en sólidos motivos de política económica, pero también pueden tener por objetivo beneficiar arbitrariamente a una empresa nacional o de algún origen en particular.²¹ Los TBIs prohíben decisiones que coloquen a un inversor nacional o de cierto origen, por la sola razón de su nacionalidad, en mejores condiciones que otro inversor protegido por un tratado.²² Pero no garantizan la igualdad de condiciones al inversor nacional o al no protegido. Por ello, los TBIs no se refieren a las condiciones para la libre competencia, sino a la situación del inversor extranjero frente a sus competidores.

La segunda categoría de estándares se refiere a la prohibición de expropiación o afectación sustancial de las expectativas del inversor extranjero, a través de actos públicos que alteren las condiciones de su proyecto. Las cláusulas que cumplen esta función dentro de un TBI son las de expropiación directa, indirecta y regulatoria, y la del trato justo y equitativo.²³ Si bien cada categoría es distinta, y requiere un análisis por separado, ello no obsta a calificarlas como objetivas, dado que no dependen del tratamiento que el Estado brinde a otros inversores. Estos estándares protegen el capital y las expectativas legítimas del inversor extranjero al momento de establecer su proyecto. Las expropiaciones regulatorias parten de la base de igualar a una nacionalización o estatización distintas medidas públicas, desde una subida impositiva a cambios regulatorios arbitrarios, que en la práctica tendrían efectos equivalentes a una expropiación directa de la inversión. En todos estos casos, el Estado debe pagar una indemnización “rápida, adecuada y efectiva”.²⁴ La garantía de trato justo y equi-

-
21. Si bien los TBIs no prohíben expresamente la discriminación por razones objetivas y no arbitrarias, la práctica arbitral encuentra casos como *Occidental Exploration and Production Company c Ecuador*, laudo final de 2004, London Court of International Arbitration (UNCITRAL), en el que fueron considerados como comparables a los fines de su igual tratamiento productores de petróleo y de flores. En principio, parecería que existen razones válidas para diferenciar entre dos sectores tan diversos. Ver M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2010, 3a. ed., p. 338.
 22. La aplicación de los estándares de trato nacional y de la nación más favorecida ha generado una importante controversia, ver Nicholas DiMascio y Jan Pauwelyn “Non-discrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin”, en *American Journal of International Law*, No. 102, 2008, pp. 48-89; Kenneth Vandeveld, “The Economics of Bilateral Investment Treaties”, en *Harvard International Law Journal*, No. 41, 2009, pp. 469-502.
 23. Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, pp. 89-148; Ver también Thomas Wälde, “Treaties and regulatory risk in infrastructure investment: the effectiveness of international law disciplines versus sanctions by global markets in reducing the political and regulatory risk for private infrastructure investment”, en *Journal of World Trade*, vol. 34, No. 2, 2000, pp. 1-61.
 24. En un extremo, la estatización de una inversión es sinónimo de su expropiación, pero en el otro, una serie de medidas que quizá no implican el desapoderamiento del inversor pueden afectar sus expectativas de la misma forma (expropiación indirecta o regulatoria). Para los TBIs ambos casos merecen el mismo tratamiento. En este sentido, vale la pena aclarar que el cálculo de los daños en esta materia es una de las cuestiones históricamente

tativo, por su parte, supone la prohibición de cualquier tratamiento injusto, parcial o arbitrario, que pudiera afectar el valor de la inversión (aunque sin alcanzar la gravedad de una expropiación). En la práctica, los tribunales arbitrales tienden a no conceder expropiaciones regulatorias, pero son más permeables a condenar a los estados por brindar un trato injusto e inequitativo.²⁵

Al igual que ocurre respecto de la igualdad de trato, los TBIs no tienen como objetivo consolidar una administración eficiente, justa y equitativa en el Estado receptor. No solo los inversores nacionales quedan en diferentes condiciones respecto de los estándares de tratamiento, sino que estos tratados no ponen el acento en la constitución de las instituciones necesarias para lograr una administración pública justa y equitativa. Esto requeriría evaluar la situación del inversor extranjero como la de otros actores de la comunidad para la consecución del bien común,²⁶ siempre teniendo en cuenta la posición del individuo. En este sentido, la premisa es que ningún sujeto debe contribuir en forma desproporcionada con los fines de la comunidad.²⁷ Parte de este equilibrio es sustancial, y, según algunos autores, los arbitrajes de inversiones se mueven lentamente en esa dirección.²⁸ Pero otra parte es procedimental, en la medida que la participación y el mejoramiento de las instituciones brinden un lugar para todas las voces en el proceso de toma de decisiones.

Aun cuando la incorporación de ciertos estándares de los TBIs pudiera resultar saludable institucionalmente, los mecanismos procedimentales generan efectos más difíciles de juzgar. Si bien los TBIs son acuerdos entre Estados y los inversores no son parte de ellos, esto es casi una formalidad porque, una vez firmados estos tratados queda en manos de los inversores extranjeros y de los Estados receptores, tanto en el goce como en el cumplimiento de las obligaciones allí establecidas.²⁹ El Estado

más controvertidas. Ver Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, pp. 271-275. Una postura crítica puede encontrarse en Joseph Stiglitz, "2007 Grotius Lecture: Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World. Balancing Rights with Responsibilities", en *American University International Law Review*, vol. 23, 2008, pp. 532-535.

25. Ian Laird, Todd J. Weiler, eds., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, New York, Juris Publishing, 2009, p. 267.
26. Los derechos de propiedad tienen tanto un lado individual como un lado social. Alexander Gregory, Eduardo Peñalver, Joseph William Singer y Laura Underkuffler, "A Statement of Progressive Property", en *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009, p. 374.
27. Franck Michelman, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law", en *Harvard Law Review (1966-1967)*, Cambridge, vol. 80, 1967, pp. 1165-1166.
28. Ver Alex Stone Sweet, "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier", en *Law and Legal Ethics of Human Rights*, vol. 4, No. 1, 2010, pp. 47-76; ver también Benedict Kingsbury y Stephan Schill, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest-The Concept of Proportionality", en Stephan W. Schill, edit., *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 75-104.
29. Doak Bishop, James Crawford y W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International/The Hague, 2005, pp. 10-11.

de origen habitualmente no tiene injerencia en el proceso.³⁰ Por tal motivo, en recientes arbitrajes, como en la doctrina, se discute si estos derechos están en cabeza de los inversores o son ejercidos por delegación.³¹ Concretamente, esto significa que los inversores extranjeros pueden ejercer su derecho de iniciar una demanda arbitral en cualquier momento. Si bien sería necesario puntualizar las diferentes cláusulas sobre solución de controversias, la mayoría de los TBIs otorgan el privilegio de evitar la esfera administrativa y la judicial.³² De esta forma, pasado el período de negociación, que, dicho sea de paso, es considerado como una formalidad para muchos árbitros,³³ los inversores extranjeros tienen la habilidad de remover la cuestión de las instituciones democráticas locales. Esta decisión, además, debe ser tomada en forma definitiva cuando la cláusula del *fork in the road* forma parte del tratado.

Para ilustrar el procedimiento que establecen estos tratados, transcribo el artículo VI del TBI entre Ecuador y los Estados Unidos, el que establece que:

1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.
2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:
 - a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o

30. Existen, sin embargo, circunstancias en las cuales los estados partes en un TBI juegan un papel importante en una disputa internacional de inversiones. Primero, los estados pueden someter a arbitraje un conflicto respecto de la interpretación de los tratados: se trata, en este caso, de un arbitraje entre dos naciones soberanas. Segundo, el Estado del inversor triunfador en un arbitraje de inversiones puede ejercer la protección diplomática a favor de este último en caso de que el Estado perdedor no cumpla con lo ordenado en el laudo (artículo 27 del Convenio de Washington de 1965). Finalmente, los estados pueden jugar un rol trascendental en la interpretación de los tratados, sea a través de los mecanismos incluidos en los propios TBIs-caso del TLCAN o por su propia actividad internacional. Ver en este último sentido, Roberts Anthea, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual Role of States", en *The American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, pp. 179-225.

31. Las diferentes posturas y casos son descritos brevemente en Roberts Anthea "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual Role of States", pp. 184-185.

32. Anne Van Aaken, "Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View", en Stephan W. Schill, edit., *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 736-744.

33. *Ibid.*, p. 741.

- b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o
 - c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo.
3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:
- i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 10 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o
 - ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a este; o
 - iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional (CNUDMI), o
 - iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convenga las partes en la diferencia.
- b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de a las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

EL PRESENTE DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE INVERSIONES

En la actualidad, el régimen internacional de inversiones es criticado como defendido. Varios estados han reaccionado frente a algunas posturas expuestas por los árbitros en sus laudos.³⁴ Los Estados Unidos han modificado su modelo de tratado y mantienen abierto un diálogo sobre la continuidad de su política,³⁵ mientras Canadá también ha elaborado un nuevo modelo de TBI.³⁶ Por su parte, Sudáfrica ha iniciado un proceso de revisión,³⁷ y Australia decidió suspender la inclusión del arbitraje de inver-

34. Probablemente, muchas de estas críticas tienen su origen en tres contextos diferentes: los laudos dictados contra Argentina, las primeras decisiones contra Canadá y México en el TCLAN, y la resolución inconsistente de los casos *CME c. Czech Republic* (UNCITRAL, 2001) y *Lauder c. Czech Republic* (UNCITRAL, 2001).

35. El modelo de TBI de los Estados Unidos versión 2004 está disponible en [<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>]. Ver además, [<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/blog/notice-bilateral-investment-treaty-program-review>], y [<http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131106.htm>].

36. Disponible en [<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>].

37. El último informe está disponible en [<http://www.pmg.org.za/files/docs/090626trade-bi-lateral-policy.pdf>].

siones en sus tratados.³⁸ En el ámbito de la integración, los tres miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) han intervenido para modificar la interpretación del artículo 1105 decidida por un tribunal arbitral (trato mínimo).³⁹ En general, la mayoría de estas iniciativas son resultado de las experiencias vividas por estos países como demandados en arbitrajes de inversiones. La excepción es Australia que ha tomado la decisión de no someterse más a arbitrajes de inversiones en forma preventiva, aunque también como consecuencia del conflicto con Philip Morris sobre la prohibición de usar logos en las cajas de cigarrillos.⁴⁰

En Sudamérica están vigentes un número importante de TBIs. Todos los países de la región han suscripto alguno de estos tratados, aunque Brasil y Surinam no los han ratificado. Ecuador, Bolivia y Venezuela, por su parte, denunciaron el convenio que crea el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI) y buscan renegociar sus TBIs. De esta forma, en mayor o menor medida, gran parte de la región está involucrada en el régimen internacional de inversiones, que está constituido por los TBIs y el arbitraje de inversiones. Más aún, Sudamérica es la región más demandada ante el CIADI con el 30 % de los casos.⁴¹ Los países más demandados (incluyendo todos los foros arbitrales) son Argentina (51 casos), Ecuador (16 casos), Venezuela (15 casos), Bolivia (9 casos) y Perú (4 casos).⁴² En el contexto regional, las distintas reacciones se deben también a situaciones concretas vividas por los Estados como demandados en arbitrajes de inversiones. Se trata de respuestas frente a la posibilidad de que la limitación a la soberanía nacional se expanda a niveles no deseados por los gobiernos y sus ciudadanos. Por supuesto, los estudios que encuentran escasa evidencia entre la firma de TBIs y mayores flujos de inversión no ayudan a los defensores de estos tratados, quienes ven como su principal argumento para convencer a los países en desarrollo se desvanece. Tampoco los favorecen aquellas voces que acusan al régimen de inversiones de tener una preferencia por los inversores extranjeros.⁴³ Sumado a esto, existe escasa literatura y análisis crítico sobre los efectos institucionales

38. Luke Peterson, "In policy switch, Australia disavows need for investor-state arbitration provisions in trade and investment agreements", disponible en [<http://www.iareporter.com/articles/20110414>].

39. Esta actitud ha sido criticada por Charles Brower II, "Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, 2006, p. 347.

40. A fines de junio de 2011, Philip Morris manifestó su intención de iniciar un arbitraje de inversiones contra Australia. Ver [<http://www.bbc.co.uk/news/business-13923095>].

41. CIADI, Estadísticas 2011 (inclusive hasta 30 de junio de 2011), disponible en [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>].

42. UNCTAD, "Latest Developments un Investor-State Dispute Settlement", IIA Issues Note N. 1, Marzo 2011, disponible en [www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf].

43. Ver Gus Van Harten, "The use of quantitative methods to examine possible bias in investment arbitration", en Karl P. Sauvant, edit., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011*, New York, Oxford University Press, 2012, y el intercambio entre Van Harten y Susan Franck, Calvin Garbin and Jenna Perkins.

les que tienen los TBIs. Para los países en desarrollo, sobre todo, la cuestión no es solo atraer inversión extranjera, sino ¿Para qué? Si la respuesta es desarrollar una economía de mercado enmarcada en un gobierno democrático, como señalaba Cuaderno Sr. en 1957, los contrasentidos de los TBIs podrían ser más amplios que las dudas generadas por las demandas arbitrales.

Al igual que en el siglo XIX y XX, la protección de las inversiones extranjeras sigue siendo un tema de interés e importancia estratégica para Sudamérica. Pero a diferencia de lo que ocurre con otras partes del mundo más desarrolladas, los países de la región no han logrado conmover a la opinión pública mundial cuando dejaron el CIADI, por ejemplo. En general, las voces que mencionan a Sudamérica como una región políticamente inestable hacen perder peso a estas iniciativas.⁴⁴ Esta inestabilidad, paradójicamente, podría ser consolidada por los mismos TBIs que bloquean canales de participación ciudadana, minimizan ciertos incentivos para la mejora institucional e impiden que los organismos de administración y de control omitan su opinión sobre los conflictos con los inversores extranjeros.

EL ASPECTO INSTITUCIONAL DE LOS TBIs. ¿DE PARCHE A OBSTÁCULO PARA LA EVOLUCIÓN DE LA DEMOCRACIA Y LA ECONOMÍA DE MERCADO?

Aunque con matices, la literatura sobre los TBIs sostiene casi en forma unánime que estos tratados brindan una señal de certeza a los inversores extranjeros.⁴⁵ Se trata de un recurso para alcanzar seguridad institucional. La otra alternativa que tienen los países es ofrecer como garantía sus propias estructuras de control del Estado. El objetivo es el mismo. Tanto los inversores extranjeros como los nacionales demandan certeza sobre el comportamiento del gobierno, por ejemplo, que el Estado solo va a intervenir en sus proyectos de conformidad con las reglas de juego existentes al momento del establecimiento. Pero los sujetos extranjeros argumentan requerir mayor protección que los nacionales, porque su carácter de extranjeros los coloca en una situación de debilidad. Esta necesidad sería mayor en los países en desarrollo.⁴⁶ Por ello, mien-

44. Ver Jack Goldstone y otros, "A Global Forecasting Model of Political Instability", en *Political Instability Task Force Paper*, 2005, disponible en <http://globalpolicy.gmu.edu/pitf/PITFglobal.pdf>. Los estudios que analizan los motivos de esta inestabilidad política enfatizan el rol de las instituciones democráticas para alcanzar mayor estabilidad. Luisa Blanco y Robin Grier, "Long Live Democracy: The Determinants of Political Instability in Latin America", en *Journal of Development Studies*, vol. 45, No. 1, 2009, pp. 94-95. De esta forma, mayor institucionalidad sería parte de la solución para lograr la estabilidad que demandan los inversores extranjeros.

45. Ver los trabajos de Andrew Guzman (nota 14).

46. Alex Mills, "Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration", en *Journal of International Economic Law*, vol. 14, No. 2, 2011, p. 479.

tras para algunos Estados es suficiente ofrecer como garantía de no arbitrariedad su propio sistema judicial, para otros los TBIs permitirían suplir esta incapacidad institucional. De esta forma, algunos autores opinan que la opción frente a estos tratados es mejorar las leyes y los tribunales domésticos,⁴⁷ extendiendo los mecanismos que son suficientes para un inversor alemán en los Estados Unidos.⁴⁸

La postura del inversor extranjero no debe ser tomada a la ligera. Si se encuentra inseguro dentro del marco institucional interno al planear su inversión en Sudamérica, es comprensible que demande mayores garantías. Los hombres de negocios buscan reducir los riesgos en que incurrir con sus proyectos.⁴⁹ En este sentido, el riesgo de que el Estado receptor no cumpla con sus compromisos o intervenga arbitrariamente en la inversión puede significar el fin de un emprendimiento comercial. En cierta medida, esta es la postura del Banco Mundial respecto del mejoramiento del ambiente de negocios y los TBIs.⁵⁰ En mi opinión, la posible contradicción no se encuentra en la demanda de certeza, sino en que no toda medida que atraiga más inversión extranjera, ni mayores flujos de capital, redundará en mejores instituciones democráticas y de economía de mercado. Quizá pueda ocurrir lo contrario.⁵¹

El lado institucional de los TBIs no puede ser más evidente. Los países sudamericanos tienen sus propios mecanismos para asegurar a inversores locales y extranjeros. Las constituciones de la región reconocen el Derecho de propiedad, mientras las leyes establecen las bases de una economía de mercado.⁵² Varios ensayos académicos, de hecho, han realizado analogías entre estas instituciones locales y el régimen internacional de inversiones. En su libro, Schneiderman hace un paralelo entre los TBIs y las normas constitucionales, argumentado que los primeros transforman las leyes fundamentales de los países signatarios.⁵³ Otros autores, como Van Harten, Schill y Montt se refieren a este régimen como un sistema administrativo de control del Estado.⁵⁴ Así, los TBIs crearían un régimen especial para los inversores extran-

47. Vaughan Lowe, "Changing Dimensions of International Investment Law", pp. 51-52.

48. Los mayores stocks y flujos de inversión extranjera son transatlánticos. Los países desarrollados, que no tienen TBIS entre ellos, son los principales receptores de inversión extranjera.

49. Charles Lipson, *Standing Guard: Protecting foreign capital in the nineteenth and twentieth century*, Berkeley, University of California Press, 1985, pp. 19-33.

50. Jeremy Waldron, *The rule of law and the measure of property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 10-12.

51. *Ibid.*, pp. 49-50.

52. Charles Lipson, *Standing Guard: Protecting foreign capital in the nineteenth and twentieth century*, pp. 16-19.

53. David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise*, New York, Cambridge University Press, 2008.

54. Con distintas posturas respecto de las bondades de este régimen, ver Van Harten, Gus y Martin Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", en *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 1, pp. 121-150; Santiago Montt, *State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing,

jeros. Ambas posturas se concentran en la función institucional que cumple el régimen de inversiones, pero sin estudiar en profundidad los efectos que este produciría en las instituciones domésticas. Como adelanté, mi posición es que estos efectos se vinculan con las cuestiones procedimentales de los TBIs.

En este sentido, primero, es necesario referirnos a la perspectiva constitucional o administrativa que promueven los TBIs. Como estos tratados solo versan sobre la protección del inversor extranjero, su idea de constitución o de régimen administrativo está dirigida a limitar el accionar estatal. Por el contrario, el objetivo detrás de estas instituciones también es brindar al Estado una estructura capaz de fomentar el diálogo entre ciudadanos y gobernantes, a fin de adoptar las mejores decisiones con el límite de que ningún individuo sea sacrificado por el bien de la comunidad.⁵⁵ Los TBIs subvertirían esta tradición conformando solo barreras al accionar del Estado.⁵⁶ Si bien es exagerado sostener que los TBIs han cambiado el carácter de las instituciones locales hacia dentro de sus propios países, no podemos perder de vista el hecho de que estos tratados forman parte de un conjunto de iniciativas que tenían por fin una transformación neoliberal del Estado.⁵⁷ Como menciona Waldron, una medida democráticamente indiscutible, como un programa de reparación y urgencia frente a un desastre natural, puede ser procesada por el índice del clima de inversiones del Banco Mundial en forma negativa.⁵⁸ Si bien es cierto que el accionar del Estado receptor puede resultar arbitrario para con el inversor extranjero, es deseable que el régimen legal tenga una perspectiva más amplia del conflicto. Volviendo a las palabras de Cuaderno Sr., es discutible si el actual régimen internacional de inversiones mira con buenos ojos algunas medidas que son esenciales para constituir una democracia de mercado.

2009; Benedict Kingsbury y Stephan Schill, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 146, 2009.

55. Ver Paul Craig, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, 6a ed., pp. 3-45. En esta obra, Craig explica como el régimen administrativo evolucionó durante las décadas de 1980-1990 hacia un modelo de limitación más que de motorización del Estado. Esta tendencia se enmarca en un proceso de consolidación del Estado neoliberal.

56. Charles Brower II sostiene que el régimen internacional de inversiones hoy constituye una *guarantee of incremental protection*, "Corporations as Plaintiffs Under International Law: Three Narratives about Investment Treaties", en *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, 2011, p. 197. Para un argumento similar, respecto de la Organización Mundial del Comercio, ver Andrew Lang, *World Trade Law after neoliberalism: reimagining the global economic order*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

57. Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éditions du Seuil, 2008, pp. 238-242; Michel Foucault, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, Chippenham, Palgrave Macmillan, 2010.

58. Jeremy Waldron, *The rule of law and the measure of property*, pp. 85, 108.

Segundo, el mecanismo de solución de controversias de los TBIs afectaría la dinámica de los órganos administrativos, de control y del poder judicial en relación con la conflictividad creada por las inversiones extranjeras. Para Rosanvallon, la democracia incluye los mecanismos de control y los procesos administrativos que los individuos utilizan para participar y expresarse.⁵⁹ En esas instancias, como partes o interesados, ellos se presentan y hacen saber su opinión. Sobre todo a nivel administrativo, el objetivo es generar un diálogo donde la administración pueda evaluar y reconsiderar su accionar. En ese sentido, es esperable que muchas veces el gobierno cambie de opinión frente a los argumentos expresados por los ciudadanos, tanto de legalidad, como de mérito o conveniencia. Por este motivo, los individuos no pueden acudir directamente a la justicia y solicitar daños por el accionar del Estado. Una decisión en contra del Estado, así, se transforma en la *última ratio* de un proceso más largo de diálogo y reflexión.⁶⁰ Al dar al inversor extranjero la posibilidad de evitar la sede administrativa, los TBIs limitan el desarrollo de las instituciones domésticas. No se trata ya solo de restringir el accionar del Estado receptor frente al riesgo político, sino también de afectar el funcionamiento de las instituciones locales de participación y debate.

Es cierto, sin embargo, que existe un argumento según el cual los TBIs constituirían un incentivo positivo para las administraciones públicas.⁶¹ Luego de una o varias demandas, según esta postura, los estados intentan mejorar sus procedimientos administrativos para evitar controversias internacionales o incrementar sus oportunidades de prevalecer en eventuales disputas. Si bien no existen investigaciones empíricas en este sentido, de la misma forma que los estados han mejorado sus defensas en arbitrajes de inversiones, es razonable pensar que han solucionado defectos en sus procesos administrativos. Además, es probable que estas reformas se apliquen a nacionales y extranjeros por igual.⁶² Este argumento es consistente, aunque no considera los efectos negativos que el régimen de inversiones tendría en términos de participación ciudadana. En el mundo de los TBIs, solo las ONGs globales participan, y son ellas las que escogen qué causas llevar adelante y cuáles no merecen su atención.

Finalmente, los TBIs reemplazan a la justicia doméstica por tribunales arbitrales de inversiones. Esto significa que el mismo incentivo positivo que podría existir a nivel administrativo se ve debilitado a nivel judicial. De una u otra forma, los inver-

59. Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie : la politique à l'âge de la défiance*, pp. 19-24.

60. Anne Van Aaken, "Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View", pp. 728-730.

61. Jan Paulsson, "Enclaves of Justice", en *Transnational Dispute Management*, vol. 4, No. 5, 2007, p. 12.

62. Ver el caso del Perú, relevado en UNCTAD, "Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration ADR", New York/Geneva, Naciones Unidas, 2010, p. 72.

sores extranjeros deben actuar en la esfera administrativa local. Por el contrario, no necesitan acudir a la justicia doméstica. Como los TBIs subcontratan la seguridad jurídica en tribunales arbitrales internacionales, eliminarían la presión natural que los inversores ejercerían sobre los poderes judiciales. Los tribunales domésticos no tienen oportunidad de exponerse a casos que involucren inversores extranjeros y el sector público, perdiendo una gran oportunidad de mejorar su conocimiento sobre cuestiones regulatorias complejas. Esta falta de experiencia repercute, por ejemplo, en la resolución de casos entre inversores domésticos y el Estado nacional. Probablemente, los inversores extranjeros utilizarían más jurisprudencia extranjera e internacional, lo que permitiría a los jueces nacionales mejorar su capacidad para resolver estos casos.⁶³ De esta forma, los TBIs tendrían un doble efecto negativo sobre el poder judicial. No solo afectarían la democracia local, al reducir la participación de los jueces en el proceso de gobierno, sino que además afectarían los incentivos para su evolución y progreso. Este último argumento ha sido avanzado por diversos estudios, los que concluyen que los TBIs tienen algún efecto negativo sobre las justicias domésticas.⁶⁴

En la práctica, este efecto negativo podría resultar amplificado. El doble mecanismo institucional (arbitraje internacional/justicia doméstica) pone a inversores nacionales y extranjeros en distintas condiciones competitivas, al aumentar la protección de estos últimos.⁶⁵ En estas condiciones, los inversores locales intentarían alcanzar el mismo nivel de protección institucional, a los fines de mantenerse competitivos frente a sus pares extranjeros. En virtud de la forma en que operan los TBIs, esto es posible. Estos acuerdos tienen reglas formales respecto de la nacionalidad de las personas jurídicas (lugar de inscripción de la sociedad), y por lo tanto una inversión puede canalizarse a través de una compañía creada especialmente con esta finalidad. La legalidad de esta maniobra es discutida, especialmente cuando quienes están detrás de la inversión son empresarios locales.⁶⁶ Sin embargo, la presión que sufren los inversores domésticos es entendible. Por ello, es esperable que muchos

63. Nicolás Perrone, “La protección de la Inversión Extranjera y la Justicia Doméstica/Regional: el caso argentino y de la UNASUR”, ponencia presentada en la Primera Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, “Estado y Futuro del Derecho Internacional Económico en América Latina: Del Comercio a la Inversión”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 8-9 de septiembre de 2011.

64. Ver Daniels, R. J., “Defecting on Development: Bilateral Investment Treaties and the Subversion of the Rule of Law in the Developing World”, Draft, disponible en <http://www.unisi.it/lawandeconomics/stile2004/daniels.pdf> (2004); Tom Ginsburg, “International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance”; Andrew Newcombe, “Sustainable Development and Investment Treaty Law”, en *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007. En especial, Jan Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, capítulo 6, pp. 175-176.

65. Joseph Stiglitz, “2007 Grotius Lecture: Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World. Balancing Rights with Responsibilities”, pp. 451-558.

66. Ver las decisiones sobre jurisdicción en *Tokios Tokelès c. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18) y *TSA spectrum c. Argentina* (Respondent. ICSID Case No. ARB/05/5).

proyectos impulsados por capital local intenten escapar la jurisdicción de los tribunales domésticos. La conclusión es menos incentivos para el desarrollo institucional de las justicias domésticas.

El contraargumento en defensa de los TBIs es que los poderes judiciales locales y los tribunales arbitrales de inversiones compiten entre ellos, y esta competencia institucional podría resultar positiva.⁶⁷ Si bien el argumento es formalmente correcto, dado que los inversores extranjeros pueden elegir la vía doméstica, en la práctica siempre prefieren evitar las cortes locales. No importa si están en Canadá, Estados Unidos o Alemania, los inversores eligen discutir temas regulatorios en tribunales arbitrales. Esta actitud es razonable dado que los laudos han mostrado menor deferencia a la autoridad estatal que la jurisprudencia doméstica (incluso la de países desarrollados).⁶⁸ Además, algunas normas de procedimiento en los TBIs incrementan el incentivo de no acudir a las justicias domésticas. La cláusula del *fork in the road*, por ejemplo, prohíbe al inversor extranjero que acude a la jurisdicción doméstica recurrir luego a un arbitraje de inversiones. Es así que, en realidad, la supuesta competencia institucional no ocurre.

Todo lo dicho en esta sección indica que para los países receptores de inversión extranjera, la adhesión a los TBIs no es la mejor solución sino un “parche” institucional. Y, en el largo plazo, estos tratados podrían tener efectos negativos para el desarrollo de instituciones locales fundamentales para la participación ciudadana y el funcionamiento del mercado. Aun cuando estos tratados efectivamente atrajeran inversión extranjera, el dilema que enunciara Cuaderno Sr. frente a la propuesta de Abs sigue estando vigente. Si se trata de atraer inversión extranjera con la finalidad de desarrollar una economía de mercado democrática, los TBIs quizá merecen ser reconsiderados. En este sentido, resultaría paradójico que ciertos organismos internacionales sostengan que las instituciones son clave para el desarrollo, y luego promuevan la firma de TBIs.

IMAGINANDO UNA PROTECCIÓN DISTINTA PARA EL INVERSOR EXTRANJERO

Lo dicho hasta ahora nos lleva indefectiblemente a una pregunta. ¿Qué camino debe seguir Sudamérica si deseara constituir una democracia de mercado con insti-

67. Rudolph Dolzer, “The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, No. 4, 2005, p. 972.

68. Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, capítulo 4.

tuciones locales propias, adaptadas a los desafíos de la región, y con inversión extranjera? Esta estrategia, por supuesto, no es la única vía posible. Pero para Sudamérica, hoy, parecería que dar la espalda a los inversores y a la inversión extranjera no es el mejor camino tanto por razones económicas como de geopolítica.⁶⁹ Si la inversión extranjera es necesaria, entonces, debemos entender que esta necesidad trae desafíos, y uno de ellos es encontrar su papel en el desarrollo institucional de los países de la región. Y aquí los TBIs juegan un rol al menos discutible. Por este motivo, es importante que los Estados sean creativos y busquen canales para expresar su voz respecto del actual régimen de inversiones.

Por ahora, los países que han tomado medidas concretas son Ecuador, Bolivia y Venezuela. Los tres han denunciado el Convenio del CIADI y han manifestado su voluntad de denunciar o renegociar sus TBIs. Aunque Ecuador ha declarado su interés en crear un mecanismo de arbitraje de inversiones desde la región, la conducta de los tres países ha sido percibida como una salida del sistema, y no como un pedido de reformas. A pesar de cierto clima contrario al régimen de inversiones extranjeras, la postura de Ecuador es la más coherente con el objetivo de desarrollar una economía de mercado democrática con inversión extranjera. Lo que la región necesita son alternativas, especialmente procedimentales, para proteger al inversor extranjero en un marco institucional adecuado a la región y sus necesidades. Al final de cuentas, para los países sudamericanos –como para muchos otros– es complicado salir de este régimen, que, como ha señalado Salacuse, es pegajoso.⁷⁰ La renegociación de los tratados es difícil, la denuncia unilateral no termina con la protección, y la denuncia del Convenio del CIADI no inhabilita el uso de otras instituciones arbitrales.⁷¹

En palabras del Presidente Correa, el desafío es institucional. En declaraciones realizadas en marzo de 2011, con motivo de las demoras en la implementación del proyecto de arbitraje en el marco de la UNASUR, el mandatario afirmó que muchos sectores “siguen creyendo que nuestros países no son capaces de instrumentar mecanismos de arbitraje que cumplan con estándares mundiales para constituirse en una respetable alternativa a los ya establecidos por los países desarrollados”.⁷² En

69. Los diversos informes sobre inversiones extranjeras elaborados por CEPAL señalan que la región continúa considerando al capital extranjero como un factor muy importante en su proceso de desarrollo. Ver [http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/ddpe/agrupadores_xml/aes253.xml&xsl=/agrupadores_xml/agrupa_listado.xsl].

70. Jeswald Salacuse, “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, p. 471.

71. La mayoría de los TBIs establecen que su protección continúa vigente para los inversores establecidos antes de su denuncia por un plazo de entre 10 a 15 años. Ver UNCTAD, “Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking”, Naciones Unidas, Nueva York/Geneva, 2006, p. 20.

72. “No existíamos antes. Ahora UNASUR es una realidad jurídica y celebramos su nacimiento institucional”, dijo el presidente ecuatoriano, Rafael Correa, quien pronunció un discurso marcado por referencias a la integración regional, disponible en [<http://m.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/avanza-en-quito-la-reunion-de-cancilleres-de-unasur/9001227>].

esta línea, en una reciente ponencia, expuse que alentar las voces de los jueces domésticos puede ser otra alternativa para cambiar el eje de la presente discusión, aumentar la calidad de las justicias regionales y mejorar la reputación de la región frente a los inversores extranjeros. Los tribunales domésticos pueden constituir una opción renovada y más imparcial sobre cuestiones de política pública y responsabilidad del Estado.

EL CENTRO DE LA UNIÓN DE NACIONES SUDAMERICANAS (UNASUR)

Una de las principales iniciativas de la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) es la creación de un centro de arbitraje para la solución de controversias sobre inversiones extranjeras. El proyecto establece la creación de un Sistema de Solución de Controversias, que estará conformado por un Centro de Arbitraje relativo a conflictos sobre inversiones y un Centro de Asesoría Legal para controversias en la materia. Además, la propuesta prevé la sanción de un Código de Conducta para los árbitros y mediadores del centro.⁷³ Si bien fue presentada por Ecuador, varios países ya habían manifestado su descontento con el mecanismo vigente, y su interés en la creación de un sistema regional. En la III Cumbre UNASUR, los representantes del poder judicial de cada país firmaron una declaración reconociendo “la necesidad de que exista algún mecanismo alternativo para la resolución de conflictos que responda a los principios y valores de [la] región, ponderando los intereses comunes de los países [miembros de la UNASUR]”.⁷⁴ Por el momento, no se conoce cuál sería la posición de este centro en relación a los TBIs, pero es razonable esperar que este mecanismo se transforme en una alternativa al CIADI o CNUDMI para solucionar los conflictos basados en los tratados. Quizá, como una alternativa intermedia que permita luego recurrir la decisión frente a un tribunal del CIADI. De otra forma, la iniciativa de la UNASUR tendría poco futuro frente a las opciones internacionales, dado que los inversores extranjeros probablemente continúen prefiriendo estas últimas. La parte del proyecto que es conocida, al menos, da cuenta que los redactores son conscientes del desafío. En este sentido, la idea original es que el centro de arbi-

73. La propuesta también considera un tema de gran actualidad en el Derecho internacional de las inversiones: el debate sobre la legitimidad de los árbitros. Por un lado, muchos referentes de la comunidad internacional de árbitros minimizan este debate. Por el otro, uno de los representantes más respetados de esta comunidad, Jan Paulsson, ha manifestado su preocupación respecto del comportamiento de los árbitros que son elegidos por las partes. En su clase magistral como profesor en la Universidad de Miami, por ejemplo, volvió a relatar el ya conocido incidente del árbitro elegido por los Estados Unidos en el caso *Loewen v. Estados Unidos*; Jan Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, University of Miami School of Law, 29 de abril de 2010.

74. Declaración de Nueva Esparta de la Red de Poderes Judiciales de Naciones Suramericanas, 2008.

traje de la UNASUR funcione primero en el ámbito regional, y luego de desarrollar cierta reputación, se expanda al nivel internacional.⁷⁵

EL ROL DE LAS JUSTICIAS DOMÉSTICAS

La otra alternativa intermedia frente a los pegajosos y ultra-activos TBIs es revalorizar el rol de los poderes judiciales locales en la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras, fomentando la aplicación de estos tratados por los jueces nacionales. El análisis de la jurisprudencia argentina que aplicó estos tratados, que realicé en dos trabajos recientes, demuestra que los jueces domésticos no resuelven siempre a favor del Estado o del inversor nacional.⁷⁶ Esas decisiones judiciales reconocen la aplicabilidad de los TBIs, tratan de reconciliarlos con el resto de la legislación argentina y aceptan que el inversor extranjero tiene un estatuto especial frente a su igual doméstico.⁷⁷ El poder judicial argentino ha hecho cumplir los compromisos internacionales adoptados por el país.⁷⁸ La aplicación de los TBIs en la esfera doméstica es una alternativa que permite garantizar al inversor extranjero e incentivar, también, el desarrollo de mejores instituciones judiciales. En este sentido, valdría la pena explorar la modificación o un cambio de interpretación de las cláusulas *fork in the road*, lo que permitiría que el inversor extranjero no pierda la posibilidad de acudir a un arbitraje internacional luego de la decisión doméstica.

Al hacer esta propuesta, soy consciente de que en disputas donde estaba en juego el futuro económico de la Argentina, como los casos referidos a la crisis de 2001, el poder judicial doméstico ha tenido una actitud deferente con el Estado argentino.⁷⁹ Al contrario, los laudos arbitrales han sido más favorables a los inversores extranjeros, lo que indicaría que estos últimos tienen aún motivos para preferir los tribunales arbitrales.⁸⁰ Sin embargo, es razonable pensar que decisiones nacionales bien funda-

75. Christian Leathley, "What will the recent entry into force of the UNASUR Treaty mean for investment arbitration in South America?", disponible en [<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/author/christianleathley/>].

76. Nicolás Perrone, "Tratados bilaterales de inversión y derecho interno: efectos en la jurisdicción argentina", en *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, vol. 42, No. 249, 2011, p. 25.

77. *Ibid.*

78. *Ibid.*

79. Ver fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia Argentina en "Peralta, Luis y otro c/ Estado Nacional s/ Amparo" (Fallos 313:1513), "Banco de Galicia y Buenos Aires s/ Solicita intervención urgente en autos: Smith, Carlos A. c/ PEN s/ Sumarísimo" (Fallos 325:28), "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo" (Fallo del 26 de octubre de 2004), y "Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional-dto. 1550/01 y otro s/ amparo ley 16.896" (Fallo del 27 de diciembre de 2006).

80. Ver los laudos dictados en *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (CIADI No. ARB/01/8), *Azurix Corp. c. Argentina* (CIADI N° ARB/01/12), *LG&E c. Argentina* (CIADI No. ARB/02/1). Además, otros dos laudos favorables a los inversores fueron dictados en *Sempre Energía Internacional c. Argentina* (CIADI No. ARB/02/16)

das, haciendo uso de doctrina y casos extranjeros, constituirían una buena forma de exponer la voz regional sobre la actualidad del régimen de inversiones extranjeras. Como ocurre en Francia y el Reino Unido, los jueces nacionales podrían opinar sobre el costo financiero que implica una excesiva responsabilidad del Estado o la posibilidad que los funcionarios dejen de actuar por miedo de generar responsabilidad.⁸¹ La realidad es que, por el momento, son los tribunales de inversiones los que están sufriendo un lento proceso de revisión,⁸² y no los jueces de países desarrollados quienes incorporan los criterios de los tribunales arbitrales.

Parte de la cuestión, como señaló Lord Browne-Wilkinson, pasa porque:

No es en el interés de la sociedad en su conjunto que nosotros concentremos nuestro tiempo en los derechos de individuos a daños y perjuicios; porque de eso estamos hablando, una compensación económica frente a las autoridades públicas que tienen a su cargo cuidar de la sociedad y hacer lo mejor posible por el bienestar social. La creación de más deberes que den pie a una compensación económica es contraproducente para la sociedad.⁸³

COMENTARIO FINAL

Este trabajo ha presentado un análisis sobre los efectos institucionales de los TBIs como herramientas para atraer inversión extranjera. Si bien es necesario realizar estudios empíricos y de caso para dar una opinión concluyente, los elementos aquí expuestos permiten presumir que los TBIs debilitarían las instituciones administrativas y judiciales locales. Ambas son ejes fundamentales de una democracia de mercado. No puede perderse de vista que la principal disfuncionalidad detectada tiene que ver con la restricción de la labor de la administración pública y los jueces nacionales. En concreto, esto significa menor participación ciudadana, debate doméstico y voz de las instituciones locales. Quizá, estos efectos sí eran adecuados para consolidar un modelo de Estado neoliberal que, como sabemos, se expandió globalmente durante la década de 1990. En la actualidad, y sobre la base que atraer inversión extranjera no es suficiente, el desafío que enfrenta el régimen de internacional de

y *Enron Corporación and Ponderosa Gasset, L.P. c. Argentina* (CIADI No. ARB/01/3). No obstante, estos dos han sido anulados y los casos deben ser analizados ante nuevos tribunales arbitrales.

81. Duncan Fairgrieve, *State liability in tort: a comparative law study*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 129-135.

82. Tra Pham, "International investment treaties and arbitration as imbalanced instruments: a re-visit International", en *Arbitration Law Review*, vol. 13, No. 3, 2010, pp. 81-95.

83. Citado en Duncan Fairgrieve, *State liability in tort: a comparative law study*, p. 133.

inversiones es como adaptarse a una nueva realidad en la que la auto-regulación del mercado casi lleva al colapso de la economía global.

Los Estados deben tener un rol más importante en el desarrollo y el bienestar de la población. Esto no solo significa un rol más activo de los gobiernos, sino de todas las instituciones de la democracia. Este funcionamiento no es afectado necesariamente por la existencia de mecanismos internacionales para asegurar al inversor extranjero, sino porque estas modalidades afectan la dinámica de las instituciones locales. La clave reside en buscar un modelo de protección del inversor extranjero que aliente el mejor funcionamiento de la administración pública y los poderes judiciales, sin que por ello los inversores extranjeros pierdan la posibilidad de acudir a un tribunal internacional. Como expuse en este trabajo, Sudamérica puede ser pionera en implementar mecanismos creativos en esta dirección. En este sentido, sería esencial avanzar gradualmente hacia una mayor participación de los mecanismos internos para atender la conflictividad con el inversor extranjero, quizá a través de una vuelta moderada de los requisitos de agotamiento de la instancia doméstica o regional.

BIBLIOGRAFÍA

- Abs, Hermann, y Lord Hartley Shawcross, “A proposed Convention to protect private foreign investment. A Round Table”, en *Journal of Public Law*, vol. 9, 1960.
- “The Safety of Capital”, en James Daniel, edit., *Private investment: the key to international industrial development; a report of the San Francisco Conference*, October 14-18, 1957, patrocinado por Time-Life International and Stanford Research Institute, New York, McGraw Hill, 1958.
- Álvarez, José, y Kathryn Khamsi, “The Argentine Crisis and Foreign Investors. A Glimpse into the Heart of the Investment Regime”, en Karl Sauvant, edit., *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*, Oxford University Press, New York, 2009.
- Anthea, Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual Role of States”, en *The American Journal of International Law*, vol. 104, 2010.
- Bishop, Doak, James Crawford, y W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International/The Hague, 2005.
- Blanco, Luisa, y Robin Grier, “Long Live Democracy: The Determinants of Political Instability in Latin America”, en *Journal of Development Studies*, vol. 45, No. 1, 2009.
- Bonnitcha, Jonathan, “Review of Fair and Equitable Treatment: A Sequel (UNCTAD 2012)—Book review”, en *TDM*, 16 mayo 2012.
- Brower II, Charles, “Corporations as Plaintiffs Under International Law: Three Narratives about Investment Treaties”, en *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, 2011.
- “Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, 2006.

- Craig Paul, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, 6a. ed.
- Cuaderno Sr., Miguel, "The Anti-Capitalist Attitude", en Daniel James, edit., *Private investment: the key to international industrial development; a report of the San Francisco Conference*, October 14-18, 1957, sponsored by Time-Life International and Stanford Research Institute, New York, McGraw Hill, 1958.
- Daniels, Ronald J., *Defecting on Development: Bilateral Investment Treaties and the Subversion of the Rule of Law in the Developing World*, 2004. Disponible en [<http://www.unisi.it/lawandeconomics/stile2004/daniels.pdf>].
- DiMascio, Nicholas, y Jan Pauwelyn, "Non-discrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin", en *American Journal of International Law*, No. 102, 2008. Disponible en [<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>].
- Dolzer, Rudolph, "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, No. 4, Nueva York, 2005.
- Dolzer, Rudolph, y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008.
- Elkins, Zachary, Andrew T. Guzman y Beth A. Simmons, "Competing for capital: The diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000", en *International Organization*, vol. 60, No. 4, 2006.
- Fairgrieve, Duncan, *State liability in tort: a comparative law study*, New York, Oxford University Press, 2003.
- Foucault, Michel, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, Chippenham, Palgrave Macmillan, 2010.
- Ginsburg, Tom, "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance", en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, No. 1, 2005.
- Goldstone, Jack, y otros, "A Global Forecasting Model of Political Instability", en *Political Instability Task Force Paper*, 2005, disponible en [<http://globalpolicy.gmu.edu/pitf/PITFglobal.pdf>].
- Gregory, Alexander, Eduardo Penalver, Joseph William Singer y Laura Underkuffler, "A Statement of Progressive Property", en *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009.
- Guzmán, Andrew, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", en *Virginia Journal of International Law*, No. 38, 1998.
- Hirschman, Albert O., *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, MA Harvard University Press, 1970.
- Kingsbury, Benedict, y Stephan Schill, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest-The Concept of Proportionality", en Stephan W. Schill, edit., *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010.

- “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”, en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 146, 2009.
- Lang, Andrew, *World Trade Law after neoliberalism: reimagining the global economic order*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Laird, Ian, Todd J. Weiler, edits., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, New York, Juris Publishing, 2009.
- Leathley, Christian, “What will the recent entry into force of the UNASUR Treaty mean for investment arbitration in South America?”, disponible en [<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/author/christianleathley/>].
- Lipson, Charles, *Standing Guard: Protecting foreign capital in the nineteenth and twentieth century*, Berkeley, University of California Press, 1985.
- Lowe, Vaughan, “Changing Dimensions of International Investment Law”, en *Oxford Legal Studies Research Paper Series Working Paper*, No. 4, 2007. Disponible en [<http://papers.ssrn.com/Abstract=970727>].
- Michelman, Franck, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of ‘Just Compensation’ Law”, en *Harvard Law Review (1966-1967)*, vol. 80, Cambridge, 1967.
- Mills, Alex, “Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration”, en *Journal of International Economic Law*, vol. 14, No. 2, 2011.
- Montt, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2009.
- Newcombe, Andrew, “Sustainable Development and Investment Treaty Law”, en *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007.
- Paulsson, Jan, “Enclaves of Justice”, en *Transnational Dispute Management*, vol. 4, No. 5, 2007.
- “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, University of Miami School of Law, 29 de abril de 2010.
- “Arbitration Without Privity”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (Fall 1995)*, vol. 10, No. 2.
- “International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law”, en Albert Jan Van Den Berg, edit., *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 13 (Montreal, 2006)*, Kluwer Law International, 2007.
- Perrone, Nicolás, “Tratados bilaterales de inversión y derecho interno: efectos en la jurisdicción argentina”, en *Derecho comercial y de las obligaciones*, vol. 42, No. 249, 2011.
- “La protección de la Inversión Extranjera y la Justicia Doméstica / Regional: El caso Argentino y de la UNASUR”, ponencia presentada en la Primera Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, *Estado y Futuro del Derecho Internacional Económico en América Latina: Del Comercio a la Inversión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 8-9 de septiembre de 2011.
- Peterson, Luke, “In policy switch, Australia disavows need for investor-state arbitration provisions in trade and investment agreements”, disponible en [<http://www.iareporter.com/articles/20110414>].

- Pham, Tra, “International investment treaties and arbitration as imbalanced instruments: a revisit International”, en *Arbitration Law Review*, vol. 13, No. 3, 2010.
- Rodrik, Dani A, Subramanian, y otros, “Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development”, en *Journal of Economic Growth*, vol. 9, 2004.
- Rosanvallon, Pierre, *La contre-démocratie: la politique à l’âge de la défiance*, París, Éditions du Seuil, 2006.
- *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, París, Éditions du Seuil, 2008.
- Salacuse, Jeswald, “The Emerging Global Regime for Investment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010.
- Salacuse, Jeswald. W., y Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005.
- Sasse, Jan, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Hamburg, Gabler, 2011.
- Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy’s Promise*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- Skovgaard Poulsen, Launge, “The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence”, en Karl P. Sauvant, edit., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009/2010*, New York, Oxford University Press, 2010.
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2010, 3a. ed.
- Stiglitz, Joseph, “2007 Grotius Lecture: Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World. Balancing Rights with Responsibilities”, en *American University International Law Review*, vol. 23, 2008.
- Stone Sweet, Alex, “Investor-State Arbitration: Proportionality’s New Frontier”, en *Law and Legal Ethics of Human Rights*, vol. 4, No. 1, 2010.
- UNCTAD, “Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking”, Naciones Unidas, New York y Geneva, 2006.
- “Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration ADR”, New York/Geneva, Naciones Unidas, 2010.
- “Latest Developments un Investor-State Dispute Settlement”, IIA Issues Note N. 1, Marzo 2011, disponible en [www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf].
- “Scope and Definition”, Naciones Unidas, New York, Geneva, 1999.
- UNCTAD, “The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries”, Naciones Unidas, New York y Geneva, 2009.
- Van Aaken, Anne, “Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View”, en Stephan W. Schill,

- edit., *International Investment Law and Comparative Public Law*, New York, Oxford University Press, 2010.
- Vandevelde Kenneth, "The Economics of Bilateral Investment Treaties", en *Harvard International Law Journal*, No. 41, S/L, 2009.
- Van Harten, Gus, "The use of quantitative methods to examine possible bias in investment arbitration", en Karl P. Sauvant, edit., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011*, New York, Oxford University Press, 2012.
- Van Harten, Gus, y Martin Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", en *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 1, S/L.
- Vernon, Raymond, en *Sovereignty at bay: The multinational spread of U.S. enterprises*, Londres, Longman, 1971.
- Wälde, Thomas, "Treaties and regulatory risk in infrastructure investment: the effectiveness of international law disciplines versus sanctions by global markets in reducing the political and regulatory risk for private infrastructure investment", en *Journal of World Trade*, vol. 34, No. 2, 2000.
- Waldron, Jeremy, *The rule of law and the measure of property*, Cambridge/United Kingdom, Cambridge University Press, 2012.
- Yackee, Jason, "Toward a Minimalist System Of International Investment Law?", en *Suffolk Transnational Law Review*, S/L, No. 32, 2009.

PÁGINAS WEB

- CIADI, Estadísticas 2011 (inclusive hasta 30 de junio de 2011), disponible en [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>].
- El modelo de TBI de los Estados Unidos versión 2004 está disponible en [<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>]. Ver, además, [<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/blog/notice-bilateral-investment-treaty-program-review>, y <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131106.htm>].
- Morris Philip manifestó su intención de iniciar un arbitraje de inversiones contra Australia. [<http://www.bbc.co.uk/news/business-13923095>].
- [http://www.eclac.org/cgibin/getProd.asp?xml=/ddpe/agrupadores_xml/aes253.xml&xsl=/agrupadores_xml/agrupa_listado.xsl].
- [<http://m.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/avanza-en-quito-la-reunin-de-cancilleres-de-unasur/9001227>].
- [<http://www.pmg.org.za/files/docs/090626trade-bi-lateral-policy.pdf>].

Fecha de recepción: 11 de junio de 2012
Fecha de aceptación: 18 de septiembre de 2012

La competencia de la Unión Europea en la inversión extranjera directa

*María José Luque Macías**

RESUMEN

El presente trabajo intenta analizar brevemente los distintos aspectos relativos a la inclusión de la inversión extranjera directa en la política comercial común de la Unión Europea, reformada por el Tratado de Lisboa. Inicialmente se hará referencia a la práctica de la UE en el área de inversiones previas al Tratado de Lisboa, acto seguido, se expondrán las interpretaciones sugeridas al concepto de “inversión extranjera directa” en la política comercial común de la Unión Europea, así como también las distintas posturas sobre el alcance de esta política con relación a este concepto, tras la vigencia del Tratado de Lisboa. Finalmente serán descritos los posibles efectos de dicha competencia de la Unión para los tratados bilaterales de inversión celebrados entre sus países miembros, y de estos con terceros países.

PALABRAS CLAVE: Tratado de Lisboa, inversión extranjera directa, inversión de cartera, política comercial común europea, división de competencias entre la UE y los países miembros, Tratados bilaterales de inversión.

SUMMARY

The following article attempts to analyze briefly the different aspects related to the inclusion of the foreign direct investment in the common commercial policy of the European Union, after the Treaty of Lisbon. Firstly, the practice of the European Union on investment issues before the Treaty of Lisbon will be reviewed; afterwards, the interpretations developed for the concept “foreign direct investment” within the common commercial policy will be summarised, stressing the different opinions on the scope of this policy in relation with this concept, after the Lisbon Treaty. Finally, the possible implications of this competence for bilateral investment treaties celebrated among the member states and among them with third countries will be considered.

KEY WORDS: Lisbon Treaty, foreign direct investment, portfolio investment, EU Common Commercial Policy, division of competences between EU and Member States, Bilateral Investment Treaties.

FORO

* Estudiante de Doctorado en la Facultad de Ciencias Económicas y Derecho de la Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea (UE) amplía su campo de acción en la política comercial común (PCC), incluyendo la inversión extranjera directa (IED) en el ámbito de su aplicación, reforma que coloca a esta organización supranacional como pionera en la generación de normas con miras a consolidar una política regional común en el área de las inversiones.

No obstante, la dirección que tomará la UE en el ejercicio de su nueva competencia en la IED ha sido objeto de discusión en el área académica europea.

En el presente trabajo me permitiré presentar los distintos aspectos de esta nueva competencia de la UE que han generado debate. En primer lugar haré referencia a la práctica de la UE en el área de inversiones previa a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; acto seguido, expondré las interpretaciones sugeridas al concepto “inversión extranjera directa” en el contexto de la PCC y la exclusión del término “inversión de cartera” de dicha política comercial, así como también las distintas posturas sobre el alcance de la PCC con relación a este concepto, tras la vigencia del Tratado de Lisboa. Finalmente describiré los posibles efectos de dicha competencia de la UE para los tratados bilaterales de inversión (TBI) celebrados entre sus países miembros, y para los celebrados entre estos con terceros países.

PRÁCTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁREA DE INVERSIONES PREVIA A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

Antes de la vigencia del Tratado de Lisboa hubo diversos intentos de la Comisión Europea de extender la competencia de la UE en la PCC al área de inversiones directas extranjeras. En el dictamen 1/94 sobre la competencia de la Comunidad Europea (CE) para la celebración de acuerdos en el área de servicios y de protección de propiedad intelectual, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sostuvo que la competencia de la Comunidad en la PCC no se extiende a inversiones con terceros países.¹

A criterio de la Comisión Europea, el ejercicio de la competencia externa de la Comunidad surge como resultado de sus actos jurídicos internos, a pesar de la falta de disposiciones expresas que se concedan en derecho originario de la CE.² Sin embargo, el TJCE rechazó dicho argumento al destacar el carácter parcial del tratamiento nacional en el comercio internacional con países no miembros, razón por la

1. TJCE, Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, p. I-5414, párr. 86-89.

2. TJCE, Dictamen 2/92 de 24 de marzo de 1995, I-557, párr. 29.

cual no se justifica que el art. 113 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) sirva como base legal para fundamentar la competencia exclusiva de la Comunidad.³ Adicionalmente, el TJCE agregó que, a pesar de que las distintas medidas adoptadas por la Comunidad podrían respaldar su competencia exclusiva externa de conformidad con la jurisprudencia y con las disposiciones del TCE, dichos actos no abarcan todos los ámbitos de actividad en relación con terceros.⁴

Posteriormente, el Consejo de la Unión Europea adoptó una Plataforma Mínima de Inversiones⁵ con la finalidad de consolidar una propuesta estándar de negociación para tratados de libre comercio con terceros países, que satisfaga la necesidad de la Comunidad de concluir este tipo de acuerdos incorporando disposiciones relativas a inversiones. Dicho documento reflejó la voluntad creciente de la CE de intervenir en esta área de la política económica externa conjuntamente con los países miembros, sin tener impacto directo en la división de competencia entre la CE y sus países miembros.⁶

Ulteriormente, la Comisión planteó acciones de incumplimiento contra Austria, Suecia, Finlandia y Dinamarca ante la TJCE, al considerar que los TBIs celebrados por estos con terceros países violaban el Derecho comunitario.⁷ En las acciones planteadas en contra de los dos primeros países, el TJCE manifestó la conformidad de sus TBIs suscritos con el artículo 56, incisos 1 y 2 TCE, el cual garantiza el libre movimiento de capitales y la libre transferencia de pagos entre estados miembros y terceros países.⁸ Para determinar si hubo incumplimiento o no por parte de dichos estados, el TJCE consideró pertinente analizar si la potestad del Consejo, de restringir en ciertas circunstancias los movimientos de pago y capital entre los países miembros y terceros países, podía ser aplicada inmediatamente por el país a quien se dirigiera la medida, conforme a los artículos 57, inciso 2, 59 y 60, inciso 1 TCE.⁹ Finalmente, el

3. *Ibid.*, párr. 24-26.

4. TJCE, Dictamen 2/92 de 24 de marzo de 1995, I-560, párr. 34.

5. Council of the European Union, 15375/06, 27 Nov. 2006. El documento citado no ha sido publicado formalmente, razón por la cual no representa regulación de aplicación inmediata para los países miembros.

6. Wenhua Shan and Sheng Zhang, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", en *The European Journal of International Law*, vol. 21, No. 4, S/L, 2011, p. 1051.

7. Cfr. art. 226 TCE.

8. TJCE, sentencia de 3 de marzo de 2009—Caso C-205/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria, párr. 26 en [[http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher\\$doctrequire=alldocs&numaff=C205/06&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher$doctrequire=alldocs&numaff=C205/06&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100)]; TCJE, sentencia de 3 de marzo de 2009—Caso C-249/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Suecia, párr. 27 en [[http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher\\$doctrequire=alldocs&numaff=C249/06&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher$doctrequire=alldocs&numaff=C249/06&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100)].

9. TJCE, sentencia de 3 de marzo de 2009 — Caso C-205/06..., párr. 35 y 36; TCJE, sentencia de 3 de marzo de 2009—Caso C-249/06..., párr. 36 y 37.

TJCE declaró el incumplimiento de las obligaciones de los países involucrados en los procesos en mención, al encontrar incompatibilidad entre sus TBIs y sus obligaciones comunitarias, debido a la inexistencia de disposición en estos contratos que permita aplicar las medidas del Consejo, y por otro, a la falta de mecanismo alguno en el Derecho internacional, que permita a estos ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones en calidad de miembros.¹⁰ Además el TJCE enfatizó que las medidas adoptadas por estos estados no coinciden con sus obligaciones comunitarias, ya que por un lado, el tiempo que tomaría cualquier negociación internacional requerida para la renegociación de los TBIs es incompatible con un libre movimiento de capitales efectivos,¹¹ y por otro, mecanismos tales como la suspensión o terminación de TBIs son muy inciertos para garantizar la aplicación efectiva de las medidas del Consejo.¹²

De igual manera, el TJCE mantuvo su tesis en el proceso contra Finlandia de que el alcance, interpretación y efectos de las provisiones de los TBIs son muy inciertos para asegurar la compatibilidad requerida con el art. 307 TCE.¹³

Un aspecto particular en las acciones de incumplimiento antes mencionadas, es la intención del TJCE de extender la incompatibilidad declarada en los TBIs de los países miembros implicados en estos procesos, a todos los TBIs de los países miembros con terceros países que se encuentren bajo las mismas condiciones.¹⁴

Contrariamente, Dinamarca adoptó una postura distinta de los países miembros descritos, ya que rescindió el TBI celebrado con Indonesia, cuando fue notificado del dictamen de la Comisión, en el cual se afirmaba que dicho tratado violaba la obligación de ese país miembro conforme a lo estipulado en el art. 307 TCE.¹⁵

10. TJCE, sentencia de 3 de marzo de 2009-Caso C-205/06..., párr. 37; TCJE, sentencia de 3 de marzo de 2009 – Caso C-249/06..., párr. 38.

11. TJCE, sentencia de 3 de marzo de 2009-Caso C-205/06..., párr. 39; TCJE, sentencia de 3 de marzo de 2009 – Caso C-249/06..., párr. 40.

12. TJCE, sentencia de 3 de marzo de 2009-Caso C-205/06..., para. 40; TCJE, sentencia de 3 de marzo de 2009 – Caso C-249/06..., párr. 41.

13. TJCE, sentencia del 19 de noviembre de 2009-Caso C-118/07, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Finlandia, párr. 42 y 43, en [<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73856&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=112470>].

14. TJCE, sentencia de 3 de marzo de 2009 – Caso C-205/06..., para. 42 y 43; TCJE, sentencia de 3 de marzo de 2009 – Caso C-249/06..., párr. 42 y 43.

15. Markus Burgstaller, “The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States”, en *Studien zum Internationalen Investitionsrecht “Internationaler Investitionsschutz und Europarecht”*, t. 2, Baden-Baden, 2010, pp. 120-121.

LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN DE LA UE TRAS EL TRATADO DE LISBOA Y SU RELACIÓN CON LA “INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA”

A través de la PCC, la UE defiende de forma exclusiva el interés de sus países miembros en las relaciones económicas con terceros países, al tener la competencia exclusiva sobre esta, de conformidad con los artículos 206 y 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).¹⁶

El Tratado de Lisboa amplía los objetivos de la PCC, la cual entre otros fines, busca contribuir “a la supresión progresiva de las restricciones, a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas”.¹⁷

Adicionalmente el artículo 207 TFUE dispone cómo se ejercerá dicha política:

1. La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión.
3. En caso de que deban negociarse y celebrarse acuerdos con uno o más terceros países u organizaciones internacionales, se aplicará el artículo 218, sin perjuicio de las disposiciones específicas del presente artículo [...].
4. Para la negociación y celebración de los acuerdos mencionados en el apartado 3, el Consejo decidirá por mayoría cualificada.

Para la negociación y celebración de acuerdos en los ámbitos del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, así como de las inversiones extranjeras directas, el Consejo se pronunciará por unanimidad cuando dichos acuerdos contengan disposiciones en las que se requiere la unanimidad para la adopción de normas internas [...].

De la normativa antes citada se concluye que la competencia de la UE en la PCC solo abarca la inversión extranjera directa, excluyendo la inversión de cartera de su ámbito de aplicación.

16. Cfr. art. 3, párr. 1, lit. e del TFUE.

17. Cfr. art. 206 TFUE.

EL CONCEPTO “INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA” Y LA OMISIÓN DE LA “INVERSIÓN DE CARTERA” EN LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN DE LA UE

La IED se caracteriza por “una relación estratégica de largo plazo [...] para garantizar un nivel significativo de influencia por parte del inversor [...]”,¹⁸ en la cual se requiere que el inversor posea como mínimo el 10% del poder de voto.¹⁹ De forma opuesta, los inversores de una inversión de cartera no buscan tener influencia.²⁰

En el contexto de la PCC, el término IED no es definido en los tratados; solo se hace referencia a dicho término en el art. 64 TFUE, a través del cual se establecen disposiciones relativas a la libre circulación de capitales.²¹

Un concepto de la IED similar a los criterios adoptados por la OCDE y el FMI se observa en el derecho derivado de la Unión. La directiva 88/361/CEE califica a la IED como “cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas, empresas comerciales industriales o financieras, y que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y el empresario a la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica [...]”.²² Dicha definición solo se limita a esclarecer el alcance de la IED en el contexto de la libre circulación de capitales. En consecuencia, queda pendiente esclarecer qué se entiende por IED en el contexto de la PCC.

18. Cfr. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Definición Marco de Inversión Extranjera Directa, 4a. ed., 2008., párr. 11. en [<http://www.oecd.org/dataoecd/63/36/46226782.pdf>].

19. Cfr. International Monetary Fund, Balance of Payments Manual, 1993, 5a. ed., párr. 362: “[A] direct investment enterprise is defined in this Manual as an incorporated or unincorporated enterprise in which a direct investor, who is resident in another economy, owns 10 percent or more of the ordinary shares or voting power (for an incorporated enterprise) or the equivalent (for an unincorporated enterprise). Direct investment enterprises comprise those entities that are subsidiaries (a nonresident investor owns more than 50 percent), associates (an investor owns 50 percent or less) and branches (wholly or jointly owned unincorporated enterprises) either directly or indirectly owned by the direct investor”, en [<http://www.imf.org/external/np/sta/bop/BOPman.pdf>]. En el mismo sentido, la OCDE manifiesta que “la propiedad de al menos el 10% del poder de voto de la empresa de inversión directa constituye evidencia suficiente de ese ‘interés duradero’”. Cfr. OCDE, Definición Marco de Inversión Extranjera Directa, párr. 11.

20. OCDE, Definición Marco de Inversión Extranjera Directa, 4a. ed., 2008, párr. 11.

21. Cfr. art. 64, párr. 1 TFUE: “Lo dispuesto en el artículo 63 se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan *inversiones directas*, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales [...]”.

22. Directiva del Consejo del 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (88/361/CEE), accesible en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1988:178:0005:0018:ES:PDF>].

Por otro lado, la exclusión de la inversión de cartera de la competencia exclusiva de la UE ha suscitado diversas reacciones en el ámbito académico europeo.

Algunos consideran que dicha omisión se contraponen a la práctica de los países miembros, en celebrar TBIs con definiciones amplias de inversión, así como también a la práctica de los tribunales arbitrales constituidos para resolver disputas de esta naturaleza, especialmente aquellos constituidos de conformidad con las reglas del Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones (ICSID), de desvincular su requisito jurisdiccional a la existencia exclusiva de una IED.²³ Por otra parte, hay quienes tienen una postura menos crítica argumentando que, a pesar de la referencia exclusiva a la IED en la PCC, la competencia de la UE cubre indirectamente TBIs convencionales e instrumentos bilaterales o multilaterales para la protección y promoción de inversiones directas y de cartera conforme al artículo 64 TFUE.²⁴

No obstante, a pesar de la no regulación de inversiones de cartera en la PCC, existe la posibilidad de que la UE participe en la firma de TBIs junto a sus miembros, en materias de inversión de cartera con terceros países, a través de acuerdos mixtos conforme al procedimiento establecido en el Artículo 218 TFUE.

ALCANCE DE LA NUEVA COMPETENCIA DE LA UE EN IEDS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

La nueva versión de la PCC no solo ha generado interrogantes sobre el concepto de IED o la exclusión de la inversión de cartera de la competencia de la UE, sino que además ha generado debate sobre el alcance de la PCC como tal en relación a la IED.

A continuación se expondrán los aspectos analizados sobre el alcance de la PCC, interpretados restrictiva y ampliamente por los académicos europeos. Los que han adoptado una interpretación restrictiva de la PCC afirman que la competencia de la UE en IED solo se limita a la negociación de tratados de inversión que tengan un vínculo directo con acuerdos comerciales internacionales.²⁵ En base al contexto, objeto

23. Cfr. August Reinisch, "The Division of Powers between the EU and its Member States >>after Lisbon<<", en *Studien zum Internationalen Investitionsrecht "Internationaler Investitionsschutz und Europarecht"*, t. II, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 104-106.

24. Jan Ceysens, "Towards a Common foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution", en *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, No. 3, La Haya, 2005, pp. 274-275; Wenhua Shan and Sheng Zhang, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", p. 1059.

25. Markus Krajewski, "External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?", en *Common Market Law Review*, No. 42, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 113-114. Cabe mencionar que el autor discute la adopción de la IED en la PCC en el contexto de la negociación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, acuerdo que no entró en vigencia por la falta de ratificación en ciertos países miembros, el cual fue sustituido con modificaciones por el Tratado de Lisboa.

y propósito del artículo 207, párrafo 1 TFUE, a los antecedentes históricos de la negociación de dicha disposición, así como del interés tradicional de la PCC en acuerdos comerciales, se desprende que las negociaciones de tratados de inversión tendrían un componente netamente comercial como parte de la PCC.²⁶ A saber, cuando se concluyan acuerdos en IEDs, se los trataría como aquellos acuerdos en aspectos comerciales relacionados con el comercio en bienes y servicios o aquellos relacionados con los aspectos comerciales de propiedad intelectual.²⁷ Por el contrario, desde una interpretación amplia de dicha competencia de la UE en IEDs, la PCC no solo busca la liberalización de mercado y por ende, la liberalización de inversiones, sino además su regulación a través de estándares materiales para la protección de inversiones así como a través de un mecanismo de solución de controversias.²⁸

Para los que interpretan restrictivamente la PCC, la escasa discusión sobre su alcance en los trabajos preparativos para la Constitución de Europa refleja la no intención de ir más allá de la letra expresa del Tratado.²⁹ A la inversa, desde una interpretación amplia, la escasa discusión sobre el alcance de la PCC en la Constitución para Europa, no desmerece los trabajos preparativos en los Tratados de Amsterdam y Niza, en los que se pretendió ampliar el alcance de la PCC en IEDs.³⁰

Otro aspecto que genera interpretaciones opuestas es el artículo 206 TFUE. Interpretando restrictivamente el artículo 206 TFUE (que contempla la progresiva abolición de restricciones al comercio internacional y a las IEDs) se evidencia que la IED es solo parte de la PCC tan lejos como las restricciones a la IED estén inmersas, excluyendo la protección de inversiones contra expropiaciones, elemento tradicional de los TBIs.³¹ Análogamente esto representaría en el Derecho de inversiones, la regulación de la fase de pre establecimiento o acceso a inversiones, usualmente no regulada en los TBIs tradicionales, omitiendo el tratamiento posestablecimiento, entre otros, la no cobertura de estándares sustantivos de los TBIs.³²

26. Markus Krajewski, *External Trade Law and the Constitution Treaty*..., p. 114.

27. August Reinisch, "The Division of Powers between the EU and its Member States 'after Lisbon'", p. 108.

28. Marc Bungenberg, "Die Kompetenz zwischen EU und Mitgliedstaaten >>nach Lissabon<<", en *Studien zum Internationalen Investitionsrecht "Internationaler Investitionsschutz und Europarecht"*, vol. 2, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 89; en este sentido, los autores Wenhua Shan and Sheng Zhang citan el dictamen 1/78, a través del cual el TJCE sostuvo que cuando se redactó el tratado de las Comunidades europeas la idea predominante era la liberalización del comercio, lo que no merma la posibilidad de que la Comunidad desarrolle una PCC que tienda a regular el comercio mundial de ciertos productos y no a una mera liberalización del comercio. Cfr. Wenhua Shan and Sheng Zhang, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", p. 1061.

29. Markus Krajewski, *External Trade Law and the Constitution Treaty*..., p. 114.

30. Wenhua Shan and Sheng Zhang, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", p. 1061.

31. Markus Krajewski, *External Trade Law and the Constitution Treaty*..., p. 114. En este sentido, Leczykiewicz interpreta esta disposición como una liberalización de inversiones. Dorota Leczykiewicz, "Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade", en *German Law Journal*, vol. 6, 2005, p. 1678.

32. August Reinisch, "The Division of Powers between the EU and its Member States 'after Lisbon'", pp. 107-108.

Por el contrario, interpretando ampliamente el artículo antes mencionado, se desprende que la PCC tiende a la supresión de las restricciones al comercio internacional y a las IEDs, regulando paralelamente el acceso a la IED así como el acceso a mercados, no subordinando la IED a este último.³³

El efecto de la PCC en la división de competencias entre la UE y los países miembros es otro de los aspectos que genera distintas interpretaciones. Desde una lectura restrictiva del artículo 207, párrafo 6 TFUE³⁴ y sobre la base del principio de paralelismo,³⁵ donde la UE no tiene competencias internas, no hay necesidad de proteger la uniformidad de la normativa europea a través de la conducción de una PCC.³⁶ Contrariamente, desde una interpretación amplia de dicho artículo, la falta de ejercicio de una competencia interna de la UE no reduciría la existencia o el ejercicio de su competencia externa, ya que dicho precepto legal limitaría la competencia de la UE internamente, mas no externamente.³⁷ Esta interpretación se sustenta en la unanimidad requerida por el Consejo para la negociación y celebración de acuerdos sobre la PCC en el ámbito de las IEDs en actos que tengan disposiciones en las que se requiera la unanimidad para la adopción de normas internas,³⁸ lo que confirmaría que la falta de reglas internas no es impedimento para la adopción de un acto externo.³⁹

En este sentido, si se lee el artículo 207, párrafo 6 conjuntamente con el artículo 345 TFUE, se podría deducir que la PCC de la UE en IED no abarcaría provisiones que protejan contra expropiaciones.⁴⁰ Sin embargo, el derecho a la propiedad es uno de los principios generales del Derecho europeo, por lo que la potestad reguladora de

33. Wenhua Shan and Sheng Zhang, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", pp. 1060-1061.

34. El artículo 207, párrafo 6 dispone que "[el] ejercicio de las competencias atribuidas [...] en el ámbito de la política comercial común no afectará la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros ni conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros en la medida en que los Tratados excluyan dicha armonización".

35. En el dictamen 1/94 la Comisión hace alusión al principio de paralelismo en los siguientes términos: "[L]a competencia externa exclusiva de la Comunidad no se limita a los casos en que la competencia interna ya haya sido ejercida para adoptar medidas que se inscriben en la realización de políticas comunes. Desde el momento en que el Derecho comunitario ha conferido a las Instituciones competencias internas destinadas a alcanzar un objetivo determinado, la competencia internacional de la Comunidad se deriva de manera implícita de dichas disposiciones. Bastaría que la participación de la Comunidad en el Acuerdo internacional fuera necesaria para alcanzar uno de los objetivos de la Comunidad". Cfr. TJCE, Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994, p. 1-5413, párr. 82.

36. Jan Ceysens, *Towards a Common Foreign Investment Policy?*..., p. 281.

37. Markus Burgstaller, "The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States", p. 127.

38. El art. 207 (4 TFUE dispone: "[...] Para la negociación y celebración de acuerdos en los ámbitos del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, así como de las inversiones extranjeras directas, el Consejo se pronunciará por unanimidad cuando dichos acuerdos contengan disposiciones en las que se requiere la unanimidad para la adopción de normas internas [...]".

39. Wenhua Shan and Sheng Zhang, "The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy", p. 1063.

40. El artículo 345 TFUE dispone que "[l]os tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los estados miembros".

los Estados miembros en expropiación no sería exclusiva, siempre y cuando la UE ejerza su competencia con relación a objetivos de interés general.⁴¹ Siguiendo esta línea de interpretación hay quienes incluso sostienen que si la UE garantiza la protección para los derechos de propiedad intelectual, de igual forma garantizará la protección de la propiedad contra expropiaciones.⁴²

En consecuencia, tras la presentación de los argumentos antes expuestos se puede concluir que en Europa existe una tendencia mayoritaria de académicos que justifican una competencia global de la UE en IEDs, ya que de esta forma la UE tendría la potestad de cubrir todos los aspectos propios de los TBIs a través de la PCC, excluyendo no obstante, las inversiones de cartera de su campo de acción.

IMPACTO DE LA NUEVA COMPETENCIA DE LA UE EN IEDS PARA LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DE LOS PAÍSES MIEMBROS

La nueva competencia de la UE en IED deja ciertos aspectos sin regular en relación a los TBIs existentes y por celebrar entre los países miembros, y entre los TBIs celebrados por estos con terceros países, dejando muchas inquietudes no resueltas, las cuales serán expuestas a continuación.

IMPLICACIONES DE LA NUEVA COMPETENCIA DE LA UE EN IEDS PARA LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN CELEBRADOS ENTRE LOS PAÍSES MIEMBROS Y TERCEROS PAÍSES

Desde la perspectiva del Derecho internacional, los TBIs celebrados entre países miembros y terceros países antes del Tratado de Lisboa mantendrían su plena vigencia en los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).⁴³

En este sentido, la UE garantiza de la misma forma la continuidad de las obligaciones y los derechos contraídos antes del Tratado en mención;⁴⁴ aunque no exime a los países miembros de su responsabilidad de subsanar las incompatibilidades entre

41. Markus Burgstaller, "The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States", p. 126.

42. Marc Bungenberg, "Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten >>nach Lissabon<<", p. 90.

43. Vgl. art. 30, párr. 4, literal b CVDT: "Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior: b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que solo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes".

44. Cfr. art. 351, párr. 1 TFUE.

el derecho de la UE y los TBIs existentes con terceros países;⁴⁵ con ello, los países miembros de la UE evitarían acciones de incumplimiento iniciadas por la Comisión como en los casos anteriormente expuestos.⁴⁶

Por consiguiente, bajo esta nueva constelación, los TBIs existentes deben ser enmendados y por ende terminados, lo que se contrapone con la voluntad inicial de las partes contratantes, ya que dichos contratos fueron suscritos para durar un período de tiempo determinado, hecho usualmente acordado en una cláusula de protección post-terminación del TBI. Sin embargo, el Tratado de Lisboa no contiene disposición alguna que permita a los países miembros mantener sus contratos existentes.⁴⁷

Ante la ausencia de normativa han sido sugeridas las siguientes alternativas. Inicialmente se podría adoptar la postura de los EUA de celebrar un memorándum de entendimiento con la Comisión y otros países miembros para la no aplicación de dichas enmiendas por un periodo determinado.⁴⁸ Otra opción que se podría adoptar sería la aplicación de dos decisiones del Consejo que sirvan de marco regulatorio para el establecimiento de límites y pautas para la terminación y/o negociación de los TBIs con terceros estados;⁴⁹ o en su defecto, concluir un acuerdo marco de inversiones con terceros países, dejando detalles del contrato a los países miembros, en la etapa transitoria de transferencia de competencias.⁵⁰

Cabe mencionar, que a pesar de que los Estados miembros ya no posean la facultad absoluta de celebrar TBIs que contemplen IED, estos siguen jugando el rol principal en acuerdos que comprendan inversiones de cartera.

IMPLICACIONES DE LA NUEVA COMPETENCIA DE LA UE EN IEDS PARA LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN CELEBRADOS ENTRE LOS PAÍSES MIEMBROS

Los argumentos válidos del Derecho internacional no pueden ser admitidos en las relaciones entre países miembros de la UE, ya que a pesar de que según la jurisprudencia del TJUE los acuerdos internacionales son parte integral del derecho de la

45. *Ibid.*, párr. 2 TFUE.

46. Cfr. páginas 2 y 3 del presente artículo.

47. Markus Burgstaller, "The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States", p. 129; Marc Burgenberg, "Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten >>nach Lissabon<<", p. 92.

48. Anca Radu, "Foreign Investors in the EU – Which "Best Treatment"? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law", en *European Law Journal*, vol. 14, No. 2, 2008, p. 238.

49. Markus Burgstaller, "The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States", pp. 129-130.

50. *Ibid.*, p. 130.

UE,⁵¹ estos poseen un rango intermedio en la jerarquía del Derecho de la Unión, a saber, sobre el Derecho derivado pero por debajo del Derecho originario.⁵²

El proceso arbitral seguido por Eastern Sugar BV (Países Bajos) contra la República Checa puede ejemplificar la postura de la UE en relación a TBIs celebrados entre países miembros.⁵³

Luego de que Eastern Sugar BV alegó un tratamiento inapropiado como inversor dentro del sector azucarero por parte de la República Checa,⁵⁴ esta contestó la demanda, declarando la falta de jurisdicción del tribunal *ad hoc*, alegando que el TBI en vigor entre ella y los Países Bajos no sería aplicable después de su admisión en la UE.⁵⁵ La demandada justificó la terminación del TBI entre ambas partes en virtud del artículo 59, párrafo 1 CVDT, ya que tanto el TBI como el derecho de la UE tratan la misma materia, y en consecuencia, la inversión holandesa debía regirse por el derecho especial, esto es por el derecho de la UE.⁵⁶

El tribunal *ad hoc* constituido para este proceso citó una carta de la Comisión, en la cual enfatizaba la importancia de la fecha de ingreso de la República Checa a la UE, ya que a su criterio, los aspectos de los TBIs que se regulen con posterioridad a dicho ingreso, no serían aplicables a cuestiones que recaigan en la competencia de la CE.⁵⁷ Asimismo, agregó la Comisión en relación a los procedimientos de solución de diferencias, que de conformidad con el artículo 292 del TCE, los países miembros no deben someter sus diferencias a mecanismos de arreglo de diferencias contemplados en los TBIs tan lejos como estas recaigan en la competencia de la comunidad.⁵⁸

El tribunal *ad hoc* rechazó los argumentos de la Comisión, ya que, a su criterio, el que la Comisión no haya iniciado acciones de incumplimiento en contra de los Estados miembros involucrados en este proceso, por la omisión de estos de no terminar sus TBIs, no justifica su postura.⁵⁹ No obstante, la discreción de la Comisión

51. Cfr. Kirsten Schmalenbach, “Artikel 355 AEUV: Geltungsbereich der Verträge”, en Christian Callies, Matthias Ruffert, comps., *EUV-AEUV Kommentar*, Munich, Beck, 2011, pp. 2133-2138.

52. Matthias Herdegen, “Europarecht”, en *Grundrisse des Rechts*, Munich, C.H. Beck, 2010, p. 176.

53. Eastern Sugar B.V (Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award of 27 March 2007, SCC No. 088/2004, en [<http://italaw.com/documents/EasternSugar.pdf>]; Eastern Sugar B.V (Netherlands) v. The Czech Republic, Final Award of 12 April 2007, SCC No. 088/2004, en [http://italaw.com/documents/FinalAward_EasternSugar.pdf]. Este proceso fue administrado por el instituto de arbitraje de la cámara de comercio de Estocolmo, constituyéndose un tribunal *ad hoc* bajo las reglas de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

54. Cfr. Eastern Sugar B.V (Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award of 27 March 2007, párr. 20-21.

55. *Ibid.*, párr. 97-98.

56. *Ibid.*, párr. 100-104.

57. *Ibid.*, párr. 119.

58. *Ibid.*, párr. 119.

59. *Ibid.*, párr. 121-124.

así como el iniciar acciones de incumplimiento en contra de Estados miembros no es objeto de revisión judicial.⁶⁰

En la nota 2006, citada adicionalmente dentro de este proceso, la Comisión emite nuevamente su opinión, reiterando su postura expresada en la carta antes mencionada, donde defiende la sustitución de las reglas de los TBIs por el derecho de la UE luego del ingreso del respectivo país Miembro a la UE, indicando que no parecen ser necesarios acuerdos de esta naturaleza en el mercado interno europeo y que su carácter legal luego del acceso no está enteramente claro.⁶¹ Dicho órgano de la UE temía que en los procesos arbitrales inversor-Estado se consideren cuestiones relevantes del derecho de la UE sin ser remitidas al TJCE, teniendo como resultado un tratamiento no igualitario entre los países miembros. Empero dichos argumentos tampoco fueron relevantes para el tribunal *ad hoc*.⁶²

Finalmente, el tribunal desechó los argumentos de la demandada basados en el artículo 59 CVDT, ya que a su criterio el TBI celebrado entre la República Checa, los Países Bajos y el derecho de la CE no cubren la misma materia,⁶³ así como tampoco se pudo establecer una intención común de la partes de terminar el TBI, o de reemplazar este por el Derecho de la CE. Adicionalmente, no existen para el tribunal incompatibilidades entre el TBI y el TCE, ya que a su criterio a pesar de que el libre movimiento de capitales y la protección de la inversión son dos aspectos diferentes, estos se complementan entre sí.⁶⁴

Adicionalmente, el tribunal *ad hoc* acotó que el Derecho comunitario no prevé mecanismo de resolución de conflictos de disputas inversor-Estado, por lo que consideró al arbitraje como la mejor garantía de que la inversión será protegida contra violaciones indebidas por el Estado receptor de esta.⁶⁵

Como se evidenció en los documentos citados por este tribunal, desde la perspectiva de la UE, no es bien recibida la idea de que los TBIs existentes mantengan su vigencia luego de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuando estos a su criterio posean incompatibilidades con el Derecho de la Unión, más aun cuando tribunales arbitrales estén llamados a aplicar el Derecho de la UE en disputas de TBIs entre países miembros. A criterio de Griebel, la terminación de los TBIs sugerida por la UE no elimina las desigualdades existentes entre los países miembros en relación a las medidas adop-

60. Cfr. Wolfram Cremer, "Artikel 107", en Christian Callies, Matthias Ruffert, comps., *EUV-AEUV Kommentar*, Munich, Beck, 2011, pp. 2279-2280..

61. Cfr. *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, Partial Award of 27 March 2007, párr. 126.

62. *Ibid.*, párr. 126 y 128.

63. *Ibid.*, párr. 159.

64. *Ibid.*, párr. 167-169.

65. *Ibid.*, párr. 165.

tadas por ellos para la promoción y protección de sus inversiones extranjeras,⁶⁶ así como también genera inseguridad jurídica por parte de la UE y por medio de esta, perjuicios considerables para sus miembros y para el sector empresarial europeo.⁶⁷ Además, el Derecho de la UE no provee mecanismo alguno sobre el arreglo de diferencias en controversias inversor-Estado. No obstante, si se asume una competencia global de la UE en IEDs, la UE podría ofrecer garantías provistas usualmente en los TBIs, aunque para este aspecto no exista regulación alguna hasta la presente fecha.

Por otro lado, otra de las inquietudes que surgen en relación a la nueva competencia de la UE, es si la UE como organización podría negociar provisiones en esta área en casos de controversias entre Estados miembros y nacionales de otros Estados. En este sentido, algunos han manifestado que la UE no podría intervenir en la celebración de esos acuerdos, ya que dicho organismo al no ser un Estado, no podría acogerse al arbitraje en los términos del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),⁶⁸ reglas comúnmente adoptadas para la solución de este tipo de controversias. Ciertamente se podría solicitar la revisión del convenio en mención para autorizar a la UE a ser parte contratante,⁶⁹ aunque representaría una alternativa poco probable e inefectiva, ya que la enmienda de dicha Convención requeriría la ratificación de todos los Estados partes.⁷⁰ De todos modos se podría facilitar la participación de la UE en este tipo de negociaciones, empleando la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional.⁷¹

Ante este panorama ha sido propuesto, adoptando el enfoque multilateral del sistema de la organización mundial de comercio (OMC), un tratado denominado “Europe-based Open Investment Treaty”, basado en reglas que equilibren los intereses de la UE y sus países miembros así como el de los inversores, al cual cualquier país no miembro podría adherirse.⁷² Esta propuesta contempla el arbitraje como mecanismo para el

66. Jörn Griebel, “Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon”, p. 470.

67. *Ibid.*, p. 471.

68. August Reinisch, “The Division of Powers between the EU and its Member States “after Lisbon””, p. 110. Cfr. art. 25 y 67 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.

69. Wenhua Shan and Sheng Zhang, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, p. 1070.

70. Markus Burgstaller, “The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States”, p. 132. Cf. art. 66 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados.

71. August Reinisch, “The Division of Powers between the EU and its Member States “after Lisbon””, p. 110.

72. Jörn Griebel, “Die neue EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen-Chance für einen multilateralen Ansatz im Internationalen Investitionsrecht”, en *Studien zum Internationalen Investitionsrecht “Internationaler Investitionsschutz und Europarecht”*, t. II, Baden-Baden, 2010, p. 218.

arreglo de controversias, incluyendo no obstante, una instancia de revisión ejercida por el TJUE, cuando surjan cuestiones relevantes relacionadas con el Derecho de la UE.⁷³

CONCLUSIÓN

La PCC ha sido la herramienta de la UE para asegurar su participación en la negociación y regulación (asumiendo la competencia global de la UE) de IEDs con la finalidad de garantizar, entre otros fines, la supresión progresiva de las restricciones que se presenten en el área.

Es considerable resaltar en este sentido, la evolución y los esfuerzos adoptados por la UE en la materia, a saber, la propuesta planteada por parte del Consejo; la interposición de acciones de incumplimiento contra los países miembros, cuando a criterio de la Comisión, atenten contra el Derecho de la UE; y la interpretación de la normativa europea por parte del TJUE, estableciendo de esta forma, límites al ejercicio de las facultades de sus órganos como a la de sus países miembros.

No obstante, queda por definir el término “inversión extranjera directa” en el contexto de la PCC, el alcance de esta política y el futuro de los TBIs existentes y por existir, tras la competencia exclusiva de la UE en el área de inversiones.

Ante la falta de normativa que regule estos vacíos, el debate académico ha sido enriquecedor, no solo por los métodos de interpretación empleados para el análisis de normas y documentos institucionales, sino además por los problemas identificados y las soluciones planteadas a estos.

Por consiguiente, queda solo esperar la dirección que tomará la UE para resolver las interrogantes expuestas en el presente artículo y las observaciones que se generarán en el ámbito académico sobre las decisiones futuras de dicha organización.

BIBLIOGRAFÍA

Bungenberg, Marc, “Die Kompetenz zwischen EU und Mitgliedstaaten >>nach Lissabon<<”, en *Studien zum Internationalen Investitionsrecht “Internationaler Investitionsschutz und Europarecht”*, vol. II, Baden-Baden, Nomos, 2010.

Burgstaller, Markus, “The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States”, en *Studien zum Internationalen Investitionsrecht “Internationaler Investitionsschutz und Europarecht”*, t. II, Baden-Baden, Nomos, 2010.

73. *Ibid.*, p. 219.

- Callies, Christian y Matthias Ruffert, eds., *EUV – AEUV Kommentar*, Munich, Beck, 2011, 4a. ed.
- Ceyskens, Jan, “Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European constitution”, en *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, No. 3, 2005.
- Griebel, Jörn, “Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon”, en *Recht der Internationalen Wirtschaft*, t. 7, 2009.
- “Die neue EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen-chance für einen multilateralen Ansatz im Internationalen Investitionsrecht”, en *Studien zum Internationalen Investitionsrecht “Internationaler Investitionsschutz und Europarecht”*, No. 2, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- Herdegen, Matthias, “Europarecht”, en *Grundrisse des Rechts*, Munich, C.H. Beck, 2010.
- Krajewski, Markus, “External Trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy?”, en *Common Market Law Review*, Vol. 42, La Haya, Kluwer Law International, 2005.
- Leczykiewicz, Dorota, “Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade”, en *German LJ*, No. 6, 2005. [<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=664>].
- Radu, Anca, “Foreign Investors in the EU-Which “Best Treatment”? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law”, en *European Law Journal*, vol. 14, No. 2, S/L, 2008.
- Reinisch, August, “The Division of Powers between the EU and its Member States >>after Lisbon<<”, en *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, t. 2, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- Shan, Wenhua, Sheng Zhang, “The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy”, en *The European Journal of International Law*, vol. 21, No. 4, S/L, 2011.

SENTENCIAS Y DICTÁMENES

- Eastern Sugar B.V (Netherlands) v. The Czech Republic, Partial Award of 27 March 2007, SCC No. 088/2004, en <http://italaw.com/documents/EasternSugar.pdf>.
- Eastern Sugar B.V (Netherlands) v. The Czech Republic, Final Award of 12 April 2007, SCC No. 088/2004, en [http://italaw.com/documents/FinalAward_EasternSugar.pdf].
- International Monetary Fund, Balance of Payments Manual, 5a. ed., 1993, en [<http://www.imf.org/external/np/sta/bop/BOPman.pdf>].
- TJCE, Dictamen 1/94 de 15 de noviembre de 1994: “Dictamen emitido con arreglo al artículo 228 del tratado CE”, en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CV0001:ES:PDF>].
- TJCE, Dictamen 2/92 de 24 de marzo de 1992, I-557: “Dictamen emitido con arreglo al artículo 228 del tratado CEE”, en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992CV0002:ES:PDF>].

TJCE, sentencia de 3 de marzo de 2009-Caso C-205/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria, en [[http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher\\$docrequire=alldocs&numaff=C-205/06&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher$docrequire=alldocs&numaff=C-205/06&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100)].

TCJE, sentencia de 3 de marzo de 2009-Caso C-249/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Suecia, en [[http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher\\$docrequire=alldocs&numaff=C-249/06&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=Rechercher$docrequire=alldocs&numaff=C-249/06&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100)].

TJCE, sentencia del 19 de noviembre de 2009-Caso C-118/07, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Finlandia, en [<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73856&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=112470>].

Tratado de la Unión Europea, en [<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:ES:HTML>].

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en [<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:ES:HTML>].

OTROS

Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, en [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>].

Directiva del Consejo del 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (88/361/CEE), en [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1988:178:-0005:0018:ES:PDF>].

OCDE, Definición Marco de Inversión Extranjera Directa, Cuarta Edición 2008, en [<http://www.oecd.org/dataoecd/63/36/46226782.pdf>].

Fecha de recepción: 11 de junio de 2012
Fecha de aceptación: 19 de septiembre de 2012

Importación paralela de productos farmacéuticos como un problema entre Derechos de propiedad intelectual y Derecho de la competencia de la Comunidad Andina y la Unión Europea*

*RA Stefan Kirchner***

Traducción al español: José Gustavo Prieto M.

RESUMEN

La importación paralela de medicinas dentro de una comunidad es una operación comercial que se desarrolla en el límite del Derecho a la competencia y el Derecho de propiedad intelectual. El presente artículo analiza la importación paralela de medicinas dentro del derecho de la Unión Europea (UE) y la compara con la norma andina que regula la competencia en la Comunidad Andina (CAN). Finalmente analiza las perspectivas en las relaciones entre estos dos procesos de integración desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

PALABRAS CLAVE: Derecho de competencia; importación paralela; propiedad intelectual; Comunidad Andina de Naciones, Unión Europea.

SUMMARY

Parallel imports of pharmaceuticals in a community are commercial operations that take place within the scope of Competition Law and Intellectual Property Law. This article analyzes the concept of Parallel Imports in European Union (EU) Law, and then will compare these findings with the supranational rules of Competition of the Andean Community (AC). In addition, this work will analyze the perspectives of possible relations between these two regional integration processes from the point of view of Competition Law.

KEY WORDS: Competition Law, parallel imports, Intellectual Property, Andean Community, European Union, pharmaceuticals.

FORO

* Gracias a L. K. Huapaya por traducir la Decisión 608 del español a inglés y a José Gustavo Prieto por la traducción del presente artículo del inglés al español. Adicionalmente, el autor agradece al profesor F. Marcos (IE Madrid). Todas las opiniones o errores que podrían expresarse en el presente artículo son responsabilidad de su autor.

** Investigador del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania.

INTRODUCCIÓN

El mercado farmacéutico en la región andina tiene perspectivas para crecer, al igual que la Comunidad Andina en conjunto. Gracias a la adopción de la Decisión 608,¹ los Estados de la Comunidad Andina tienen ahora la oportunidad de tratar interrogantes que la Unión Europea (UE) –antes Comunidad Europea– han tenido que enfrentar durante las últimas décadas y que probablemente jueguen un papel en la Comunidad Andina.

Importación paralela significa que un bien es vendido en un Estado por un productor y luego es importado a otro por un comprador para ser vendido a un precio inferior al precio ofrecido directamente por el productor a este tercer Estado.² Esto se traduce en menores precios para el consumidor a expensas del productor lo cual es legal,³ pero sin lugar a dudas problemático. Las importaciones paralelas de los productos farmacéuticos son problemáticas, ya que privan al productor de beneficios potenciales, pero por otro lado, benefician a los comerciantes. Aunque los comerciantes han desempeñado un papel importante en el mercado, su contribución es diferente a la hecha por el productor quien es el que debe llevar toda la carga y altos costos asociados con la investigación y el desarrollo de productos farmacéuticos. Pero este no es el único problema asociado con la importación paralela de estos productos, ya que los variados estándares de seguridad en los diferentes países pueden hacer que las importaciones paralelas de productos farmacéuticos se conviertan en una cuestión de salud pública.⁴ La primera lección que se destaca en este contexto, la cual se aplica en otras industrias, es que un mercado integrado que permite la libre circulación de mercancías, requiere la imposición y aplicación estricta de estándares de seguridad comunes. Si una mercancía entra a la Unión Europea por Alemania, entendiéndose que el bien se produce allí o es importado desde un Estado fuera de la Unión Europea hacia ese país, los consumidores de otros estados de la Unión Europea como por ejemplo España, Lituania, Gran Bretaña o Chipre tienen que depender de las restricciones impuestas por Alemania, debido a que estos estados de la Unión Europea no están autorizados a imponer obstáculos a las importaciones procedentes de otros estados de

-
1. Normas de Promoción y Protección de la Libre Competencia Andina, Decisión del Acuerdo de Cartagena 608, 29 de marzo de 2005, *Gaceta Oficial*, No. 1180, 4 de abril de 2005, p. 1. Para aplicación doméstica en Ecuador, Registro Oficial Suplemento No. 18, de 25 de febrero de 2008.
 2. Jacob Arfwedson, *Re-importation (Parallel Trade) in Pharmaceuticals*, Institute for Policy Innovation Center for Technology Freedom, Policy Report, No. 182, julio 2004, p. 1.
 3. *Ibid.*, p. 5.
 4. *Ibid.*, p. 7.

la Unión Europea, como el caso de Alemania. Por lo tanto, las leyes alemanas deben proteger efectivamente a los ciudadanos de otros estados de la Unión Europea. Alemania puede ser el mayor productor de medicamentos de la Unión Europea, pero la necesidad de protección efectiva se aplica a todas las leyes nacionales de los 27 estados miembros de la misma con respecto a todos los demás estados de la Unión.

Sin embargo, las diferencias de precios de los productos farmacéuticos entre los diferentes estados miembros de un mercado único pueden ser utilizadas para ahorrar dinero mediante la compra de productos farmacéuticos a un precio más bajo en un Estado miembro, para luego importarlos en paralelo a las importaciones regulares por parte del productor –de ahí el término “importación paralela”– a otro Estado miembro para venderlo ahí con un beneficio mínimo, pero aún por debajo del precio que normalmente es comercializado por el productor cuando este lo hace directamente.

Por ejemplo, en Alemania, lugar donde se ubica la casa matriz de la farmacéutica Bayer, fabricante de la Aspirina®, no es raro que el mismo medicamento se venda en farmacias que lo han importado desde Grecia hacia Alemania, lugar donde originalmente se exportó con un precio diferente –en este caso la re-importación al país de origen tiene el mismo efecto que una importación paralela–, solo para ser vendido más bajo que la Aspirina® que había sido diseñada para el mercado alemán. La diferencia de precios es al parecer suficiente para cubrir los gastos adicionales de envío, así como los costos de colocar una nueva etiqueta en idioma alemán en la parte superior de la existente en idioma griego. Con otros fármacos más caros, el margen de beneficio puede ser mucho mayor, sobre todo si se tiene en cuenta que algunos estados miembros de la Unión Europea poseen diferentes sistemas de salud pública, incluyendo por ejemplo, el Servicio Nacional de Salud de Gran Bretaña (*Britain's National Health Service*. NHS), que es pagado por el Estado volviendo el seguro médico innecesario, al menos en los tratamientos que son ofrecidos por este Servicio Nacional de Salud. Otro asunto es el hecho de que el servicio Nacional de Salud Británico es percibido como un maravilloso sistema en Gran Bretaña porque se piensa que es gratis, aunque realmente es pagado a través de los impuestos de los mismos contribuyentes. Este sistema es considerado por muchos extranjeros como claro ejemplo de un servicio de salud nacionalizado por los extensos tiempos de espera que deben soportar muchos pacientes. Sin embargo, es relevante el hecho de que el mercado farmacéutico en el Reino Unido se encuentra dominado por el Servicio Nacional de Salud Británico ya que este es claramente el comprador más grande, lo que ocasiona que los precios de los productos farmacéuticos en el Reino Unido sean artificialmente reducidos en comparación con otros países. Esta situación hace que el Reino Unido sea una fuente atractiva para los productos farmacéuticos que se importan a otros países de la Unión Europea.

Gracias a las reglas del libre mercado de la Unión Europea, las importaciones paralelas, en principio son legales, sin embargo plantean una serie de preguntas. Después de todo, el productor es el titular de los Derechos de propiedad intelectual sobre el producto, y este puede no desear que esté disponible en otro país sin su consentimiento. Algunas interrogantes de esta clase son: establecer hasta qué punto el comprador es libre de importar un producto determinando; hasta donde llegan los Derechos de propiedad intelectual del productor; y adicionalmente se debe considerar el hecho de que los productos farmacéuticos no son productos que una persona los adquiera porque quiera tenerlos, sino porque los necesita. Un fármaco contra el cáncer no puede compararse a un ordenador, aunque en los dos casos existen importantes esfuerzos de investigación y desarrollo para su producción. El problema podría extenderse a los productos alimenticios genéticamente modificados o semillas. Si bien la protección de los Derechos de propiedad intelectual es importante para proporcionar un incentivo para los innovadores, el acceso oportuno y asequible a los productos farmacéuticos es un problema que a menudo implica decisiones de vida o muerte. En este artículo pretendo analizar la encrucijada entre los Derechos de propiedad intelectual y derecho de la competencia, en particular a las normas paralelas de art. 7 y art. 8 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina y el art. 101 (1)⁵ y art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE),⁶ ex art. 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CE7).⁸

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA Y LA COMUNIDAD ANDINA

Después de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, las principales normas que regulan la Unión Europea son: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los artículos 101 y siguientes de este último incluyen las normas relativas al Derecho de la competencia que antes se incluía en los artículos 82 y siguientes de la Comunidad Europea. El artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dice:

-
5. Se puede revisar a Richard Whish, *Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 6a. ed., p. 81.
 6. Official Journal of the European Union 2008 C 115/47.
 7. Después del Tratado de Amsterdam que revisó el Tratado de la Comunidad Europea (CE), la abreviación CE se ha usado tanto para la Comunidad Europea como para su tratado fundacional. Este tratado es idéntico (aunque por supuesto ha sido enmendado en varias ocasiones) al tratado original de Roma también conocido como el Tratado que establece la Comunidad Económica Europea (CEE).
 8. Antes de esto los mismos artículos eran 85 y 86.

Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Por su parte la decisión 608 de La Comunidad Andina aprobada el 28 de marzo de 2005 incluye una norma muy similar en su artículo 7:

Se presume que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Las similitudes entre las dos normas son muy llamativas y parece una suposición razonable que el artículo 7 de la Decisión 608 de la CAN se ha basado en el artículo 101 (1) del TFUE, es decir, el antiguo artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en el tiempo que la Decisión 608 fue aprobada en 2005. A pesar de las diferencias existentes entre la Unión Europea y la Decisión de la CAN, se deducen las lecciones aprendidas en la aplicación del artículo 81 (1) del Tratado de las Comunidades Europeas, ahora el artículo 101 del TFUE, se podría aplicar de igual forma al artículo 7 de la Decisión 608 de la CAN. Por lo tanto los párrafos siguientes proporcionan información del contexto del artículo 101 (1) del TFUE, y la segunda parte se centrará en investigar la relación entre los Derechos de propiedad intelectual y la competencia.

Un término clave que se utiliza en el art. 101 (1) del TFUE que no se encuentra en el art. 7 Decisión 608 es el término “empresa”.⁹ El hecho de que no se lo incluya hace que la norma andina sea más clara que el art. 101 (1) del TFUE, debido a que el art. 7 de la Decisión 608 cubre todo tipo de acuerdos, incluidos los existentes entre las empresas comerciales y ciudadanos particulares u organismos públicos.

Sin embargo, en términos de regulación, la norma no es diferente al artículo 101 (1) del TFUE, porque el término “empresa” en este sentido incluye a todos los actores comerciales,¹⁰ independientemente de su condición jurídica y financiación, o que su finalidad sea obtener un beneficio o no.¹¹ Aunque la noción de una actividad comercial debe entenderse en un sentido amplio,¹² el mero ejercicio de las funciones gubernamentales no constituye una actividad económica relevante.¹³ El mismo actor podría ser una empresa en el sentido del art. 101 (1), del TFUE, en un caso y podría no serlo cuando se dedica a una actividad diferente.¹⁴ Al omitir las palabras “entre empresas”, el art. 7 de la Decisión 608 exige efectivamente el “enfoque funcional”, que ha sido sugerido para la interpretación del art. 101 (1), del TFUE.¹⁵ En este sentido, la Comunidad Andina ha aprendido de la experiencia de la Unión Europea y en cuanto a la cuestión de entendimiento de “empresa”, el art. 7 Decisión 608 es una norma más avanzada que el art. 101 (1), del TFUE.

Tanto el art. 7 de la Decisión 608 y el art. 101 (1), del TFUE se refieren a acuerdos. En lo que al sector farmacéutico se refiere, algunos problemas concurrentes podrían incluir la fijación de precios entre los agentes del gobierno con los compradores de los productos farmacéuticos (en el caso de hospitales y demás que estén operados por el Estado en sistemas nacionalizados de salud) o de acuerdos entre distintas empresas o prohibiciones con respecto a la exportación de bienes.

Del mismo modo, existen semejanzas notables entre el art. 8 Decisión 608 y el art. 102 del TFUE que justifican el análisis de la actual legislación de la Unión Europea para comprender de mejor forma la norma comunitaria andina.

El art. 102 del TFUE prescribe:

-
9. El uso del término *undertaking* en inglés da a entender un significado más amplio que la palabra en español “empresa”, pero la Unión Europea no define lo que es un *undertaking*, Richard Whish, *Competition Law*, p. 82.
 10. European Court of Justice, *Höfner and Elser v. Macrotron GmbH*, Case C-41/90, Judgment of 12 September 2000, párr. 21. Ver también, Richard Whish, *Competition Law*, p. 83.
 11. *Ibid.*, pp. 83-85. Por lo tanto abogados o doctores que realicen su práctica independientemente pueden ser *undertakings* dentro del significado del art. 101 (1) TFEU sin ser corporaciones.
 12. European Court of Justice, *Pavel Pavlov and Others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Case C-180/98, párr. 75.
 13. Richard Whish, *Competition Law*, pp. 83 y 87.
 14. *Ibid.*, p. 83.
 15. *Ibid.*

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Por otra parte el artículo 8 de la Decisión 608 de la CAN no solo refleja la norma comunitaria europea sino que de hecho manifiesta:

Se presume que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
- e) La negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición o a aceptar ofertas de venta o prestación de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o a no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros; y,
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

De esta forma, mientras el art. 7 de la Decisión 608 y el art. 101 (1), del TFUE regulan los acuerdos entre varios actores económicos, el art. 8 Decisión 608 y el art. 102 del TFUE se refieren a casos en los que un actor tiene una posición dominante de la cual abusa,¹⁶ lo que resulta en un daño a la competencia justa.

Es importante destacar que el art. 7 y art. 8 de la Decisión 608 pueden ser infringidos de forma independiente porque una posición de dominio dentro del sentido del art. 8 no requiere un acuerdo dentro del significado del artículo 7 y viceversa.

IMPORTACIÓN PARALELA DE FARMACÉUTICAS ENTRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA¹⁷

Al considerar el caso de Konica, en la que esta empresa había prohibido la importación de distribuidores de sus productos de Gran Bretaña a Alemania, la Comisión encontró un acuerdo o una práctica concertada.¹⁸ El derecho de propiedad intelectual puede dar lugar a problemas similares. En efecto, los Derechos de propiedad intelectual son una barrera clásica para impedir que otros entren en un mercado.¹⁹ Los Derechos de propiedad intelectual en este sentido pueden distorsionar la competencia entre los distintos actores que intervienen en el mercado.

El mercado único no se limita al aspecto del libre comercio, es decir, más precisamente, la libre circulación de mercancías en el mercado único, que hemos tratado en el capítulo anterior. La existencia de un derecho de competencia europea es de vital importancia para el [...] funcionamiento del mercado único, pero los Derechos de propiedad intelectual pueden causar problemas para el perfeccionamiento del mercado único en relación a la competencia. [...] Por tanto, es necesario encontrar un equilibrio entre la protección de los Derechos de propiedad intelectual por un lado, y la competencia por el otro, en especial tomando en cuenta la exclusividad que es inherente a los Derechos de propiedad intelectual que pueden tener un efecto monopolístico. [...] La base de ese equilibrio es de nuevo la distinción entre la existencia de Derechos de propiedad intelectual y su ejercicio. Para ser más precisos, hay que tener en cuenta que fue en este contexto y no en relación con el conflicto entre los Derechos de propiedad intelectual y la libre circulación de bienes que esta distinción se ha desarrollado: La Corte desarrolló la idea en los años 1960 y 1970 en *Consten y Grundig contra Comisión*; *Parke, Davis and Co. contra Probel, Reese, Beintema Interpharm y Centrafarm y Sirena Srl contra Eda Srl et al*, y más tarde se confirmó en *Nungesser*. Es de importancia crucial en este contexto tener

16. Ver Alison Jones y Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 3a ed., pp. 350 y 434.

17. Esta sección se basa en el Capítulo 3 de la Tesis de Maestría en Derecho Internacional del autor en Justus-Liebig-University, Giessen, Alemania, publicado en Stefan Kirchner, *Pharmaceutical Intellectual Property Rights and the Single Market-A Survey of the Jurisprudence of the European Court of Justice*, Munich, Grin Verlag, 2009, p. 46.

18. Commission Official Journal 1988, L 78/34; Richard Whish, *Competition Law*, p. 109.

19. Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 64. En referencia a *Chicago School of Competition Analysis*, También ver a Jones y Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, p. 23.

en cuenta la conclusión del Tribunal de que un derecho de propiedad intelectual, a pesar de –en el sentido más literal– su naturaleza exclusiva, no es en sí mismo un obstáculo a la competencia. La existencia de un derecho de propiedad intelectual por sí mismo no entra en conflicto con los artículos [102] y [102 TFUE].²⁰

Como se puede apreciar, ni los Derechos de propiedad intelectual ni las importaciones paralelas son por tanto incompatibles con el Derecho Comunitario Europeo y las demandas del mercado único. De hecho, ambos contribuyen a que el mercado único sea una realidad más completa. Por consiguiente, ni el art. 101 (1) del TFUE ni el art. 102 TFUE cubre el ejercicio de los Derechos de propiedad intelectual como tal, a menos que los Derechos de propiedad intelectual confieran una posición dominante al titular de dichos derechos y que esta posición dominante sea abusada.²¹ En este caso, se aplican las reglas habituales. Los Derechos de propiedad intelectual por lo tanto, no son diferentes de otros factores que pueden tenerse en cuenta al examinar una violación de las normas de competencia.

Aunque los Derechos de propiedad intelectual confieren un alto grado de protección a sus titulares, esto no implica automáticamente una posición dominante. Esto es cierto en el sector farmacéutico en particular, ya que los consumidores suelen estar buscando un remedio, es decir, los resultados que se pueden esperar de un producto, en lugar de prestar demasiada atención a la forma en que se llegó a este resultado.²² A menos que un farmacéutico ofrezca una solución completamente nueva, ya sea por ser el único remedio disponible o por lo menos que sea especialmente adecuado a necesidades específicas (por ejemplo, el único remedio disponible para los pacientes que son alérgicos a todos los demás remedios disponibles en el mercado) tendrá que competir con otros productos ya en el mercado.²³

20. Stefan Kirchner, *Pharmaceutical Intellectual Property Rights and the Single Market-A Survey of the Jurisprudence of the European Court of Justice*, p. 46; Ver también Malcom G. Ross, "Intellectual Property Rights and Competition", en Anthony M. Arnall, edit., *Wyatt y Dashwood's European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 2000, 4a. ed., pp. 731-732; ver ECJ, Consten and Grundig v. Commission, Joined Cases C-56/64 and C-58/64, Judgment of 13 July 1966; Ver ECJ, Parke, Davis and Co. v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm, Case C-24/67, Judgment of 29 February 1968; Ver ECJ, Sirena Srl v. Eda Srl et al., Case C-40/70, Judgment of 18 October 1979; Ver ECJ, L. C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Commission, Case C-258/78, Judgment of 8 June 1982.

21. ECJ, Parke, Davis and Co. v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm, Case C-24/67, Judgment of 29 February 1968, making reference to the above cited case in Consten and Grundig v. Commission.

22. Los consumidores que no son profesionales de la medicina por lo general se refieren a los productos farmacéuticos con el nombre de marca con el que están familiarizados (y que puede variar de un país a otro), no con el contenido de la farmacéutica en cuestión.

23. Stefan Kirchner, *Pharmaceutical Intellectual Property Rights and the Single Market-A Survey of the Jurisprudence of the European Court of Justice*, p. 52. Ver también Stephen Weatherill y Paul Beaumont, *EU Law*, London/New York/Victoria, Penguin Books, 1999, 3a. ed., p. 974.

Los Derechos de propiedad intelectual pueden ayudar para adquirir dominio pero esto no necesariamente es ilegal.²⁴ Lo que importa es establecer si la posición dominante ha sido abusada o no.

El primer abuso de poder de mercado y dominio que me viene a la mente es la fijación de precios injustamente altos. Si una compañía controla el mercado de un producto específico, todos los que necesiten este producto tendrán que pagar el precio que el productor está pidiendo. En el sector farmacéutico, esto es particularmente problemático ya que el interés del productor en una transacción por un beneficio más alto dará como resultado una exclusión de un mayor número de clientes potenciales de un medicamento. En otras palabras: si una empresa farmacéutica recurre a precios injustamente altos, los productos farmacéuticos pueden llegar a ser prohibitivamente caros para aquellos que lo necesitan. En un momento en que muchas compañías de seguros de salud tienen que reducir los costos para seguir operando rentablemente, la expresión “*prohibitivamente caro*” recibe un nuevo significado, incluso más literal: muchas compañías de seguros de salud simplemente dejarán de pagar por los productos farmacéuticos altamente costosos. En este contexto, el lector debe recordar que, a menos que estén cubiertos por un esquema como el NHS británico, los consumidores no son simplemente los participantes del mercado que desean adquirir un producto, sino los pacientes que necesitan el producto con el fin de recuperar su salud o incluso salvar sus vidas. Weatherill y Beaumont predicen que la aplicación de las ideas generales sobre precios injustamente altos en el contexto del art. 82 (actual 102 TFUE) a los Derechos de propiedad intelectual que se basan en la idea de recompensar a los inventores a través de los beneficios²⁵ probablemente desate controversia. Su evaluación puede quedar corta, cuando se trata de Derechos de propiedad intelectual farmacéuticos: En *United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión*, La Corte consideró que un precio es injusto si no existe una relación con el valor económico²⁶ del producto y sugirió que el beneficio obtenido por la empresa es el criterio para medir la racionalidad de precio. Cuando este ha sido el caso, como en *GT-Link A / S v De Danske Statsbaner*,²⁷ el órgano jurisdiccional nacional remitió el caso a la Corte Europea de Justicia. Más adelante la *United Brands-test* llevó a la Directiva 87/601 con los criterios que se han creado para las tarifas aéreas. En virtud de la Directiva 87/601, que se aplicó en [...] *Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*,²⁸ las tarifas aéreas deben tener una relación razonable con costos a largo plazo de la aerolínea, mientras que al mismo tiem-

24. Stephen Weatherill y Paul Beaumont, *EU Law*, pp. 870 y 974.

25. *Ibid.*, p. 975.

26. European Court of Justice, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission*, Case C-27/76, Judgment of 14 February 1978.

27. European Court of Justice, *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner*, Case C-242/95, Judgment of 17 July 1997.

28. European Court of Justice, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, Case C-66/86, Judgment of 11 April 1989.

po teniendo en cuenta entre otras cosas, un retorno sobre el capital satisfactorio para la compañía y las necesidades del pasajero.²⁹

En una serie de casos, La Corte Europea de Justicia ha confirmado este enfoque sobre la proporcionalidad de los beneficios obtenidos por una compañía. Por ejemplo:

en *British Leyland v. Commission* la Corte dictaminó que un honorario solicitado por un servicio prestado constituye un abuso si la tarifa era “desproporcionada en relación con el valor económico del servicio prestado”. Sin embargo, con demasiada frecuencia, simplemente será imposible determinar si el precio de un producto o servicio ha sido desproporcionado a su valor económico. Después de todo, el valor económico de un producto o servicio puede ser muy diferente para diferentes clientes, en función del tipo de producto y las necesidades de los clientes y sus intenciones. Solo en algunos casos será posible sacar conclusiones a partir de los precios pedidos por otras empresas que ofrecen productos o servicios idénticos [...].³⁰

En lo que respecta a los productos farmacéuticos, la comparabilidad necesaria para hacer esta determinación podría muy bien existir con respecto a los medicamentos comunes, como los analgésicos simples. Cuando se trata de “medicamentos huérfanos”, es decir, fármacos que se utilizan para el tratamiento de enfermedades raras y que debido a una baja demanda son muy caros, este enfoque conlleva el riesgo para las farmacéuticas de que sus esfuerzos no sean valorados apropiadamente. Después de todo, ¿cómo alguien puede poner un precio a fármacos únicos que podrían salvar su vida?, pero: “dada la importancia de los Derechos de propiedad intelectual para la innovación y el futuro de la economía global, sin duda tiene sentido económico sacrificar un poco de competencia en un campo ahora con el fin de preservar la innovación en muchas industrias para las generaciones futuras”.³¹

En general, el Derecho comunitario europeo establece actualmente un equilibrio al permitir que los tribunales determinen en cada caso si ha existido una violación del Derecho de la competencia, no por la existencia de Derechos de propiedad intelectual, sino por la manera en que estos derechos se utilizan.³² Este enfoque puede no ofrecer respuestas claras, pero tiene la enorme ventaja de proporcionar un sistema

29. Stefan Kirchner, *Pharmaceutical Intellectual Property Rights and the Single Market-A Survey of the Jurisprudence of the European Court of Justice*, p. 53.

30. Stephen Weatherill y Paul Beaumont, *EU Law*, p. 873; Stefan Kirchner, *Pharmaceutical Intellectual Property Rights and the Single Market-A Survey of the Jurisprudence of the European Court of Justice*, p. 55. Ver también, European Court of Justice, *British Leyland Public Company v. Commission*, Case C-226/84, Judgment of 11 November 1986, párr. 27.

31. Stefan Kirchner, *Pharmaceutical Intellectual Property Rights and the Single Market-A Survey of the Jurisprudence of the European Court of Justice*, p. 66.

32. *Ibid.*, p. 70.

coherente que es lo suficientemente flexible para proteger tanto a los innovadores y permitir el acceso a los productos farmacéuticos a través del mercado común. El problema de los “medicamentos huérfanos” no está resuelto, sin embargo, parece que la solución para este problema es mejor buscarla fuera del contexto del Derecho de la competencia. El daño a todo el sistema de derecho de la competencia, que se llevaría a cabo por algunas excepciones que permitan reglas especiales en los casos específicos de los “medicamentos huérfanos”, será mínimo en comparación con los beneficios potenciales de asegurar que los medicamentos que salven vidas, que tienen una demanda mínima por no ser rentables, estén a disposición de quienes los necesitan.

PERSPECTIVAS

Uno podría preguntarse si la Unión Europea puede servir como un modelo a seguir por la Comunidad Andina. Después de todo, los lazos entre la Unión Europea y la Comunidad Andina se beneficiarían de una armonización de sus normas. En particular se generaría un incentivo para que las empresas europeas encuentren reglas en la Comunidad Andina que sean al menos similares a las reglas con las que ya están familiarizados. Dadas las similitudes entre el artículo 7 de la Decisión 608 y el art. 101 (1) del TFUE, la pregunta ya no es si la Unión Europea puede ser un modelo a seguir por la Comunidad Andina porque las reglas de esta se han inspirado en las de la Unión Europea. Aunque son, obviamente, una parte de otras normas.

Aunque este artículo se refiere únicamente a una pequeña parte de las normas que rigen la Comunidad Andina, el solo hecho de que los Países Miembros de la CAN estén dispuestos a tener en cuenta el derecho comunitario europeo, en las normas que establecen el marco jurídico encaminado a una unión más estrecha de sus estados es muy alentador. A la larga, esta apertura podría trazar el camino para una más amplia integración transatlántica de los dos bloques.

Una unión transatlántica entre Europa y América Latina o, al menos, una comunidad de libre comercio no es tan descabellada como podría parecer desde la perspectiva latinoamericana. Mientras que la integración regional latinoamericana ha sido lenta y fragmentada, una y otra vez sujeta a disputas políticas entre los países que están culturalmente próximos el uno al otro, la experiencia europea ha sido fundamentalmente diferente. Después de siglos de guerras, los países europeos han superado hasta diferencias culturales fundamentales y se han unido con el fin de garantizar un futuro pacífico, libre y próspero para Europa. En cierta medida, las motivaciones para la integración regional difieren en los dos continentes y la ausencia de recientes guerras masivas entre países de América Latina podría explicar por qué la necesidad de una integración regional no se siente tan fuerte en América Latina como en Europa.

En Europa, la integración económica es un medio para preservar la paz. Prosperidad significa seguridad. Aunque a la integración europea siempre se la ha catalogado como “económica” (por lo tanto, la Comunidad Económica Europea), siempre estuvo claro que el fundamento de la integración Europea después de la Segunda Guerra Mundial fue mucho más allá de los intereses económicos. A medida que la brecha entre ricos y pobres en América Latina se ha ampliado sorprendentemente, visto desde el punto de vista europeo, en América Latina, la prosperidad podría también significar paz, al igual que paz significa prosperidad. Por ejemplo, el ascenso del Perú en los últimos años no habría sido posible sin el fin de Sendero Luminoso.

La integración regional puede significar prosperidad que a su vez puede contribuir a mejorar la situación de seguridad en los países de América Latina. Si los gobiernos latinoamericanos pueden ver más allá de los meros beneficios económicos de la integración regional, las posibilidades de una aceleración de la integración podrían aumentar dramáticamente. Si América Latina puede superar la separación entre la CAN y el Mercosur, al menos en lo que se refiere a integración económica (el ejemplo de la coexistencia de la UE y de la Asociación Europea de Libre Comercio –AELC–, así como los distintos niveles de integración dentro de la Unión Europea muestran que no hay necesidad de la existencia de un solo proceso para una perfecta integración), América Latina no solo podría surgir como un actor clave en el escenario económico mundial (algo que ningún país de América Latina, como Brasil, México o Argentina podría razonablemente esperar en el corto plazo), sino también podría ser la mitad occidental de una unión transatlántica con Europa.

La experiencia de Europa de generar “*unión en la diversidad*”³³ también se puede aplicar a una unión más amplia, incluyendo ambos lados del Atlántico.

Por el momento, se puede observar que la Comunidad Andina ha establecido las bases para una regulación efectiva de la competencia y la propiedad intelectual en los campos de la concesión de licencias y transferencia de tecnología al reproducir efectivamente los artículos 101 (1) y 102 TFUE en el art. 7 y art. 8 de la Decisión 608. Aunque las decisiones de la Corte Europea de Justicia no son aplicables, hay lecciones importantes que pueden tomarse y la Comunidad Andina puede beneficiarse de la labor ya realizada en Europa. Al reproducir normas de la Unión Europea, la Comisión de la Comunidad Andina ha dado paso a un desarrollo que de otro modo podría haber tomado muchos años. Si existe la voluntad política para avanzar en la Comunidad Andina, se ha de señalar que, en cuanto al alcance de este artículo, los estados andinos tienen las herramientas para asegurarse que un sistema de competencia efectiva puede ser establecido. De este modo, la Comunidad Andina ha crea-

33. El lema oficial de la Unión Europea.

do las bases importantes para una plena integración económica que vaya más allá de un simple libre mercado. El tema tratado en este artículo es solo una pequeña parte de la integración económica de la Comunidad Andina, sin embargo, tiene el potencial para simbolizar las posibilidades inherentes a la integración regional.

Sobre esta base, el futuro está abierto para el desarrollo de una región más próspera y pacífica en los Andes y más allá.³⁴ América Latina está especialmente preparada por un idioma común y la herencia cultural e histórica para establecer una unión similar a la Unión Europea. De hecho, desde mi perspectiva lejana a la región, se puede decir que América Latina no ha visto grandes guerras entre estados en las últimas generaciones y “solo” necesita paz interna de sus estados miembros junto con la voluntad política de cooperar con el fin de establecer una Unión. Es obvio que todavía hay serios obstáculos que superar. Sin embargo, la Decisión 608 esta destinada a permitir una integración más estrecha con otras organizaciones regionales como la Unión Europea o el Mercosur³⁵ y de lo que se puede analizar en este momento, esta norma cumple esta función. Además, va más allá de la armonización de las leyes nacionales existentes al permitir que Ecuador y Bolivia desarrollen normas de competencia en el plano nacional, basada en el derecho andino.³⁶ Esta falta de legislación sobre competencia nacional podría explicar por qué las normas de la Unión Europea fueron reproducidas por los estados de la Comunidad Andina, pero con la voluntad de aprender de esta.³⁷ La capacidad no solo de reproducir la legislación de la Unión Europea sino de mejorarla, da lugar a la esperanza de que una unión más ambiciosa, en el caso de ser establecida, pueda tener mayor éxito que la Unión Europea.

34. Ver Mauricio Baquero-Herrera, “The Andean Community: Finding Her Feet Within Changing and Challenging Multidimensional Conditions”, en *Law & Business Review of the Americas*, vol. 10, 2004, p. 577.

35. New Andean Legislation for the Protection and Promotion for Free Competition, disponible en [www.cavelier.com/eContent/verimp.asp?id=1377&idcompany=3].

36. Francisco Marcos, “Downloading Competition Law from a Regional Trade Agreement (RTA)-A Strategy to Introduce Competition Law in Bolivia and Ecuador”, en *World Competition*, vol. 31, 2008, pp. 127-137.

37. En materia de asistencia técnica externa en el desarrollo del Derecho de la competencia sobre la base de los acuerdos comerciales regionales. Ver Ana María Álvarez y Pierra Horna, “Implementing Competition Law and Policy in Latin America: The Role of Technical Assistance”, en *Chicago-Kent Law Review*, vol. 83, 2008, pp. 91-116.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, Ana María, y Pierra Horna, “Implementing Competition Law and Policy in Latin America: The Role of Technical Assistance”, en *Chicago-Kent Law Review*, vol. 83, Illinois, 2008.
- Arfwedson, Jacob, *Re-importation (Parallel Trade) in Pharmaceuticals*, Institute for Policy Innovation Center for Technology Freedom, Policy Report, No. 182, julio 2004.
- Baquero-Herrera, Mauricio, “The Andean Community: Finding Her Feet Within Changing and Challenging Multidimensional Conditions”, en *Law & Business Review of the Americas*, vol. 10, Issue No. 3, 2004.
- Jones, Alison, y Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 3a. ed.
- Kirchner, Stefan, *Pharmaceutical Intellectual Property Rights and the Single Market – A Survey of the Jurisprudence of the European Court of Justice*, Munich, tesis de Maestría en Derecho Internacional del autor en Justus-Liebig-University, Giessen, 2009.
- Marcos, Francisco, “Downloading Competition Law from a Regional Trade Agreement (RTA)-A Strategy to Introduce Competition Law in Bolivia and Ecuador”, en *World Competition*, vol. 31, S/L, 2008.
- Monti, Giorgio, *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Ross, Malcom G., “Chapter 26-Intellectual Property Rights and Competition”, en Anthony Arnall M., edit., *Wyatt y Dashwood’s European Union Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2000, 4a. ed.
- Weatherill, Stephen, y Paul Beaumont, *EU Law*, Londres/Nueva York/Victoria, Penguin Books, 1999, 3a. ed.
- Whish, Richard, *Competition Law*, Oxford and other locations, Oxford University Press, 2009, 6a. ed.

SENTENCIAS

ECJ European Court of Justice, *Consten and Grundig v. Commission, Joined Cases C-56/64 and C-58/64*, Judgment of 13 July 1966.

ECJ European Court of Justice, *Parke, Davis and Co. v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm, Case C-24/67*, Judgment of 29 February 1968.

ECJ European Court of Justice, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission, Case C-27/76*, Judgment of 14 February 1978.

ECJ European Court of Justice, *Sirena Srl v. Eda Srl et al., Case C-40/70*, Judgment of 18 October 1979.

ECJ European Court of Justice, *L. C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Commission, Case C-258/78*, Judgment of 8 June 1982.

ECJ European Court of Justice, *British Leyland Public Company v. Commission, Case C-226/84*, Judgment of 11 November 1986.

ECJ European Court of Justice, *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., Case C-66/86*, Judgment of 11 April 1989.

ECJ European Court of Justice, *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner, Case C-242/95*, Judgment of 17 July 1997.

ECJ European Court of Justice, *Höfner and Elser v. Macrotron GmbH, Case C-41/90*, Judgment of 12 September 2000.

ECJ European Court of Justice, *Pavel Pavlov and Others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Case C-180/98*.

ACUERDOS

Decisión del Acuerdo de Cartagena 608, 29 de marzo de 2005, Normas de Promoción y Protección de la Libre Competencia Andina, Gaceta Oficial, No. 1180, 2005.

PÁGINAS WEB

New Andean Legislation for the Protection and Promotion for Free Competition, en [www.cavelier.com/eContent/verimp.asp?id=1377&idcompany=3].

Fecha de recepción: 03 de agosto de 2012
Fecha de aceptación: 13 de septiembre de 2012

María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2012.

por María Paz Ávila Ordóñez*

El derecho a la libertad de expresión, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹ como en la Convención Interamericana de Derechos Humanos² es reconocido como el derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir información u opiniones, por cualquier medio de información. A este respecto, la Convención Interamericana de Derechos Humanos es más amplia y explícita al establecer la prohibición de censura previa, los requisitos para el establecimiento de responsabilidades ulteriores, la prohibición de la censura por medios indirectos

como el abuso de controles oficiales, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de la información. Así mismo la Convención

* Visitante Profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, en París. Art. 19. "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".
2. Convención Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Art. 13. "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".
 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Interamericana de Derechos Humanos establece las excepciones en cuanto a la censura en caso de espectáculos públicos destinados a la infancia y adolescencia, así como toda propaganda en favor de la guerra y la prohibición del discurso de odio.

En función de este avance estructural respecto de los discursos protegidos y no protegidos que demarca la Convención Interamericana se han evidenciado grandes debates para determinar el alcance y la nueva agenda de los estados en el cumplimiento de los estándares internacionales respecto a este derecho de trascendental importancia como es el derecho a la libertad de expresión.

En este afán, la obra *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda* recoge varios artículos de grandes pensadores internacionales que incluyen los trabajos de relatores de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos sobre libertad de expresión, Frank La Rue y Catalina Botero, respectivamente. Así como los aportes de connotados juristas como Eduardo Andrés Bertoni, Miguel Carbonell, Alfredo Chirino Sánchez, Owen Fiss, Roberto Gargarella, Gustavo Gómez Germano, Juan Fernando Jaramillo, Marco Navas Alvear, Roberto Saba y Rodrigo Uprimny Yepes, quienes presentan sus debates, alcances y nueva agenda para el derecho a la libertad de expresión.

Uno de estos grandes debates respecto de los alcances del derecho a la libertad de pensamiento y expresión se da durante el año 2000, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión durante su 108 período ordinario, los cuales tienen como objetivo fundamental otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en los diversos instrumentos internacionales.³

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Estos principios, como parte inicial del libro *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, establecen, entre otras cosas, que el derecho a la libertad de expresión es un derecho inherente a todas las personas, quienes deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación. Por tanto la colegiación obligato-

3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, antecedentes, párr. 2.

ria o exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística constituyen restricciones ilegítimas de la libertad de opinión.

De esta manera, y tal como lo señala Gustavo Gómez Germano, en su artículo “Nueva Agenda y reconceptualización de la Libertad de Expresión en las Américas” el derecho a la libertad de expresión no puede ser entendido como un derecho exclusivo de los periodistas o de los dueños de los medios de comunicación, ya que la libertad de expresión es un derecho de todos los ciudadanos que puede ser incluso exigido ante los mismos medios de comunicación.

En este punto cabe recalcar que la confusión entre medios de comunicación y derecho a la libertad de expresión ha producido en muchas ocasiones el rechazo al concepto de este derecho por importantes sectores sociales y académicos que asocian libertad de expresión como un derecho de grandes empresarios, constituyéndose así, lo que Gustavo Gómez denomina, un enfoque unidireccional e individual de un derecho humano.

Sobre esta misma asociación entre libertad de expresión, medios de comunicación y poder económico, Owen Fiss, en su artículo “Libertad de Expresión y Estructura Social” señala que aun en el contexto capitalista no se puede reducir la distorsión del debate público exclusivamente al poder económico debido a que “las estructuras burocráticas, las personalidades, las divisiones sociales y las normas culturales, todas desempeñan un papel en la configuración del carácter de debate público”.⁴ Sin embargo, Fiss afirma que una sociedad en la que opera el capital privado puede verse amenazado ciertamente en la riqueza de su debate público pues, incluso los organismos gubernamentales se podrían ver limitados en cuanto a sus expresiones. Corolario a lo expuesto, Fiss también señala que no por ello se puede considerar la libertad como un lujo, pues constituye un derecho de todos los ciudadanos, y en este sentido es obligación del Estado garantizar la pluralidad de medios y voces para que este derecho pueda ser ejercido por todos.

VERACIDAD E IMPARCIALIDAD

Otro aspecto de transcendental importancia que trae a colación la obra *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda* y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión hace referencia a los condicionamientos respecto de la

4. Owen Fiss, “Libertad de Expresión y Estructura Social”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2011, p. 73.

veracidad, oportunidad o imparcialidad de la información, criterios que resultan incompatibles con el derecho a la libertad de expresión debido a que este derecho abarca inclusive la información errónea, incompleta o no oportuna; caso contrario, conforme consta en la interpretación anexa a los principios, se estaría estableciendo una verdad absoluta que suprimiría el debate que constituye un elemento fundamental en una sociedad democrática.

De esta manera,

la exigencia de la veracidad puede implicar la censura casi automática de toda aquella información que es imposible de someter a prueba, lo que anularía, por ejemplo, prácticamente todo el debate político sustentado principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo. Inclusive en aquellos casos en que la información se refiera a hechos concretos de probable comprobación fáctica, también es imposible exigir la veracidad de la misma, ya que es indudable que sobre un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas.⁵

Roberto Gargarella sostiene que el derecho a la libertad de expresión requiere una especial protección y ante la exigencia de la veracidad de la información expone las pautas de John Stuart Mill, que presupone que nunca es bueno suprimir ningún tipo de información “ya sea porque la opinión en cuestión puede ser totalmente verdadera lo cual torna imprescindible el conocimiento de esta, ya sea porque es parcialmente verdadera, lo que también hace necesario su conocimiento, o ya sea porque es falsa, dado que la crítica nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir del mero prejuicio o la falta de cuestionamientos.”⁶

Miguel Carbonell por su parte, en el “Fundamento de la Libertad de Expresión en la Democracia Constitucional” señala que no se puede conocer la verdad si no se conocen todos los elementos, pues no se puede formar un propio criterio si no se tienen todos los puntos de vista o todas las versiones sobre un mismo hecho. Así, para este autor, “la libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos de gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas”.⁷

5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, edits, *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 17.

6. John Stuart Mill, *On Liberty*, citado por Roberto Gargarella, “Constitucionalismo y Libertad de Expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, edits., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 32.

7. Miguel Carbonell, “El Fundamento de la Libertad de Expresión en la Democracia Constitucional”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, edits., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 91.

Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo y Rodrigo Uprinmy Yepes, en su artículo “Libertad de Información, Democracia y Control Judicial”, respecto a la veracidad como límite interno a la libertad de información, anotan que la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que la veracidad de una información hace referencia a hechos o enunciados de carácter fáctico que pueden ser verificados, por lo cual no cubre las opiniones. No obstante, la jurisprudencia ha comprendido que, en muchos eventos, no resulta fácil definir si una información respeta el principio de veracidad, pues puede referirse a hechos difíciles de comprobar o fundarse en fuentes que merezcan la más alta credibilidad del medio pese a que, finalmente, resulten equivocadas.⁸

LEYES ANTIMONOPÓLICAS U OLIGOPÓLICAS

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión también prevé el establecimiento de leyes anti monopólicas u oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación para garantizar la pluralidad y diversidad en el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Respecto a la concentración de medios, en la reunión del día mundial de libertad de prensa el 4 de mayo de 2009, el secretario General de la OEA señaló que “el Estado no es la única fuente de restricción de la libertad de expresión pues también lo es, y de manera determinante, la concentración de la propiedad de los medios. Cuando se arriba a una circunstancia de este tipo frecuentemente las personas no reciben todas las perspectivas de los asuntos que les conciernen, lo que por cierto no contribuye a la efectiva vigencia de la libertad de expresión y de la democracia que implica siempre pluralismo y diversidad”.⁹

Roberto Saba, en su artículo “Censura Indirecta, publicidad oficial y diversidad”, señala que “la protección de la libertad de expresión tiene por objeto, además de preservar el derecho individual del que se expresa, blindar el derecho de todas las demás personas a conocer la mayor cantidad y diversidad de expresiones posi-

8. Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo y Rodrigo Uprinmy Yepes, “Libertad de Información, Democracia y Control Judicial”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 282.

9. Discurso del Secretario General de la OEA, Jose Miguel Insulza, “La libertad de expresión en las Américas”, citado por Gustavo Gómez, “Nueva Agenda y Reconceptualización de la Libertad de Expresión en las Américas”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 157.

bles con el fin de ejercer su derecho individual a desarrollar su plan de vida en forma autónoma y su derecho colectivo a autogobernarse.¹⁰

Para Saba el Estado tiene dos roles conforme los cuales puede debilitar o potenciar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; el primero de ellos es la facultad regulatoria mediante la cual puede establecer, por ejemplo, reglas para garantizar la diversidad y controlar la propiedad monopólica u oligopólica de los medios de comunicación, facilitando de este modo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El segundo rol del Estado es la facultad de asignar recursos mediante los cuales, por ejemplo, se podrían destinar recursos a los medios comunitarios.

En el mismo sentido, Catalina Botero, actual relatora de la OEA para la libertad de expresión en su artículo “Diversidad, Pluralismo y Libertad de Expresión”, citando a la Corte Interamericana expone que “no sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”.¹¹

De esta manera, a criterio de Catalina Botero, los estados deben realizar todas aquellas acciones encaminadas a revertir las situaciones discriminatorias que afectan el cumplimiento y goce del derecho a la libertad de expresión, y por ende deben abstenerse de realizar acciones o favorecer practicas que discriminen a ciertas personas o grupos de personas en el goce de este derecho.

Por tanto, para todas aquellas regulaciones encaminadas a normar el acceso o renovación de licencias, las autoridades que fiscalizan el cumplimiento de los requisitos deben cumplir también con ciertos requisitos. El primero de ellos es que sea una ley clara y precisa; tener como finalidad la libertad e independencia de los medios, así como la equidad y la igualdad en el acceso al proceso comunicativo, y establecer solo aquellas limitaciones posteriores a la libertad de expresión que sean necesarias, idóneas y proporcionadas al fin legítimo que persigan.¹²

De esta manera, la regulación sobre radiodifusión debe garantizar el derecho a la libertad de expresión para que las personas puedan expresarse sin temor a poste-

10. Roberto Saba, “Censura Indirecta, publicidad oficial y diversidad”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 162.

11. Corte IDH, *Ríos y otros vs Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 de enero de 2009, serie C, No. 194, párr. 106 citado por Catalina Botero, “Diversidad, Pluralismo y Libertad de expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 182.

12. CIDH, Informe Anual 2008, vol. II, “Informe de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión”, Capítulo IV, párr. 82 citado por Catalina Botero, “Diversidad, Pluralismo y Libertad de expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 197.

riores represalias o sanciones, teniendo en cuenta que las limitaciones sean acordes a las contempladas en la Convención Americana de Derechos Humanos y que por tanto sean proporcionales, idóneas y necesarias para el cumplimiento de los fines establecidos en la Convención.

Así, Catalina Botero expone que las limitaciones al derecho a la libertad de expresión no solo pueden ser útiles o razonables sino también necesarias, es decir, que no debe limitarse el derecho más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión.¹³

MEDIOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICOS Y COMUNITARIOS

Respecto de los medios públicos de comunicación, Catalina Botero señala que los medios de comunicación públicos son aquellos que tienen como finalidad garantizar la pluralidad y diversidad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, proveyendo contenidos educacionales, culturales e informativos. En este punto, la relatora de la libertad de expresión de la OEA resalta que los medios de comunicación públicos deben ser independientes del poder ejecutivo y para ello deben contar con el financiamiento adecuado que coadyuve a su independencia y accesibilidad.

Al respecto, en su Declaración conjunta de 2007, los relatores especiales para la libertad de expresión de la ONU, OEA, OSCE y la Comisión Africana sostuvieron que se requieren medidas especiales para proteger y preservar los medios públicos en el nuevo espacio radioeléctrico. El mandato de los medios públicos debe estar claramente establecido por la ley, y debe incluir, entre otros, el contribuir a la diversidad, la cual debe ir más allá de ofrecer diferentes tipos de programación, dar voz y satisfacer necesidades de información e intereses de todos los sectores de la sociedad. Se deben explorar mecanismos innovadores para el financiamiento de los medios públicos, de forma tal que este sea suficiente para permitirles cumplir con su mandato de servicio público, que sea garantizado por adelantado para períodos de varios años y que sea ajustado de acuerdo a la inflación.¹⁴

-
13. Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia 2 de mayo de 2008 citada por Catalina Botero, “Diversidad, Pluralismo y Libertad de expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 209.
 14. Declaración Conjunta sobre la diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007, citado por Catalina Botero, “Diversidad, Pluralismo y Libertad de expresión”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 222.

Por su parte, el Relator de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión, Frank La Rue, en su artículo “Libertad de Expresión de los Pueblos Indígenas, Minorías y Grupos Vulnerables” expone que todas las personas tienen derecho a acceder a la información necesaria para construir opiniones o para tomar decisiones. Sin embargo, el relator resalta que las mujeres han sido relegadas de este derecho, el cual, en casos extremos, ha constituido la negación de la información o educación necesaria, pues la falta de esfuerzo por parte de los estados para promover y garantizar el acceso a estas, así como el acceso a medios para emitir su opinión, al igual que a programas de salud y de prevención de la violencia han influido negativamente para que las mujeres puedan tomar libremente decisiones informadas.¹⁵

Así, dentro de estos patrones de exclusión del ejercicio del derecho a la libertad de expresión que comporta no solo su derecho a manifestarse sino también a recibir información adecuada, ha contribuido a perpetuar relaciones de violencia en las cuales la mujer se ha visto subordinada y con escaso acceso a salud, empleo, educación y participación política.

En cuanto a los pueblos y comunidades indígenas, de igual manera, *Frank La Rue* señala que el acceso a la información y el cumplimiento de su derecho a la libertad de expresión les permitirán el cumplimiento y la exigibilidad de sus derechos. Respecto a este el art. 16 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de comunicación, con sus propios idiomas y también el derecho a acceder a los demás medios de comunicación sin discriminación.

En este sentido, los medios de comunicación comunitaria juegan un papel preponderante como mecanismos para facilitar la inclusión y el cumplimiento de los derechos tanto de las mujeres como de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas. Por tanto, los medios comunitarios deben carecer de un fin lucrativo y tener finalidades educativas informativas, culturales y populares en aras de trabajar para el desarrollo y comunicación de las comunidades.

15. Fran La Rue, “Libertad de Expresión de los Pueblos Indígenas, Minorías y Grupos Vulnerables”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 244.

EL PODER DEL ESTADO

Finalmente, un punto álgido dentro de la Declaración de Principios sobre Libertad de expresión resulta ser la declaración del principio No. 13 que establece que

la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por ley.

Para Gustavo Gómez Germano, el uso y el abuso de la publicidad oficial es uno de los temas que ha ido ganando espacio en la agenda interamericana, como mecanismos indirectos de censura que generan obstáculos para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues según este autor la publicidad oficial ha servido como premio o castigo para los coidearios y opositores o críticos a un sistema de gobierno, cuestión que también puede evidenciarse con la publicidad proveniente del sector privado. Sin embargo, el mecanismo que ha comportado una censura previa de manera directa y evidente han sido las leyes de desacato.

LEYES DE DESACATO

En esta obra varios autores se han pronunciado respecto a las leyes de Desacato, de la misma manera, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece que las leyes de desacato que penalizan las expresiones vertidas en contra de funcionarios públicos son consideradas contrarias al derecho a la libertad de expresión, pues los funcionarios públicos están sujetos a una mayor crítica por parte de la ciudadanía en función del cargo que desempeñan, lo cual genera efectos positivos como son la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos y enciende mecanismos de participación mediante los cuales los ciudadanos pueden exigir o criticar el desenvolvimiento de un funcionario público.

Alfredo Chirino Sánchez en su artículo “Libertad de Expresión y Ley Penal” sostiene que con frecuencia se confrontan el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. A su entender

La discusión sobre una posible definición para la política criminal de los delitos contra el honor sugiere más bien que el camino para la construcción o renovación de un derecho penal no debe atender solo al fenómeno del honor como derecho humano especial, sino también al más amplio componente de problemas de una sociedad organizada: la necesidad de información, de su intercambio y de la generación de más conocimiento...¹⁶

Según este autor, en la mayoría de sociedades existe la creencia equivocada de que se reducirá la criminalidad mediante la reforma o enmienda al Código Penal, cuestión alejada de la realidad que no toma en cuenta que para la resolución de los problemas sociales existen mecanismos alternativos diferentes al derecho penal.

Owen Fiss, respecto a este tema señala que “tradicionalmente, una expresión de opinión es protegida incluso si causa inconvenientes, una aglomeración, etc.; y no veo por qué la misma regla no podría ser aplicada para fomentar el debate público, donde el Estado aparece como un amigo en lugar de cómo un enemigo de la libertad de expresión”.¹⁷

Eduardo Andrés Bertoni, en su artículo “Jurisprudencia sobre Libertad de Expresión, Avances y Desafíos”, expone cómo el Informe sobre la Incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸ marcó un hito respecto de las futuras decisiones tanto de la Comisión como de la Corte en cuanto al análisis del efecto intimidatorio que producen las leyes penales y las sanciones por expresiones referentes a cuestiones de interés público, pues a criterio de este autor, el temor a las sanciones penales de cárcel genera un efecto silenciador que limita el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues desalienta a los ciudadanos a expresarse sobre asuntos de interés público. A este respecto, existe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de Expresión que ha sido enfática e incluso en algunos casos ha instado a los estados a reformar sus leyes y eliminar el tipo penal de desacato.

16. Alfredo Chirino Sánchez, “Libertad de Expresión y ley penal”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 137.

17. Owen Fiss, “Libertad de Expresión y estructura social”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 137.

18. CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc.9.rev., 17 de febrero de 1995.

JURISPRUDENCIA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Respecto de la jurisprudencia sobre libertad de expresión, Eduardo Andrés Bertoni, ex relator de la OEA para la libertad de Expresión en su artículo “New York Times Vs Sullivan y la Malicia Real de la Doctrina”, señala la importancia que ha tenido la interpretación de los límites de la libertad de expresión por parte de la jurisprudencia de la Corte Estadounidense debido al desarrollo que ha experimentado esta sociedad en respuesta a situaciones históricas de reclamos a los que se ha enfrentado, lo que ha conllevado a la persecución de varios grupos anarquistas y socialistas respecto de sus ideales y protestas.

La resolución del caso New York Times vs Sullivan comporta el impedimento a un funcionario público de ser indemnizado por una manifestación inexacta o difamatoria respecto de su conducta oficial a menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.¹⁹ En este contexto el caso New York Times vs. Sullivan resalta, por el desarrollo de la doctrina de la real malicia, que a su criterio confrontan tres problemas al interpretar lo propuesto por el Juez Brennan en su sentencia: el primero, respecto a la calidad de la figura pública, el segundo, respecto al alcance de la despreocupación temeraria sobre la falsedad de la manifestación y el tercero, respecto de la distinción de afirmaciones de hechos y opiniones.

Así, este caso representó la aplicación de dicha regla no solo para funcionarios públicos sino también para funcionarios públicos respecto de temas de interés público, y por tanto constituye un principio que impide la judicialización por críticas a los gobernantes priorizando el sistema democrático y la rendición de cuentas en sus funciones.

Finalmente, en cuanto a la jurisprudencia sobre libertad de expresión e instrumentos internacionales, en la obra *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, se recopilan algunos extractos de sentencias hito de la Corte Interamericana a favor del Derecho a la libertad de expresión como son: el Caso “La Última Tentación de Cristo” vs. Chile, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Caso Kimel vs. Argentina, Caso Perozo y otros vs.

19. Eduardo Andrés Bertoni, “New York Times vs Sullivan y la malicia real de la doctrina”, en María Paz Ávila Ordóñez, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, p. 263.

Venezuela y el Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, así como la Declaración conjunta del décimo aniversario que contiene los diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década.

BIBLIOGRAFÍA

Ávila Ordóñez, María Paz, Ramiro Ávila Santamaría, Gustavo Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2012.

OTROS

Convención Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, París.

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc.9.rev., 17 de febrero de 1995.

Andrew T. Guzmán,
*Cómo funciona el
Derecho Internacional:
una teoría de elección
racional*, Nueva York,
Oxford University
Press, 260 pp.*

Gustavo Prieto M.**

El estudio del Derecho internacional en cualquiera de sus áreas lleva consigo la interrogante fundamental de establecer cómo ejecutar y hacer cumplir un derecho que, a diferencia del Derecho nacional, no cuenta con medios permanentes de coerción y que en muchos casos es irrespetado por los estados. Andrew Guzmán, se plantea resolver este interrogante desde el punto de vista de las teorías de elección racional propias del análisis económico del derecho. El autor entra en un interesante camino hacia la esencia misma del Derecho

internacional, al buscar establecer por qué un derecho que no cuenta con un poder coercitivo general, puede afectar el comportamiento de los estados. Desde una perspectiva metodológica, el trabajo de Guzmán se sitúa, en sus propias palabras, en una “intersección del derecho internacional y las ciencias sociales”¹ (relaciones internacionales), que emprende la peculiar tarea de armonizar con la herramienta de la elección racional, algunos de los elementos usados por las escuelas liberales y constructivistas de relaciones internacionales.²

REPUTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Para Guzmán, la esencia del cumplimiento del Derecho internacional se centra en tres razones de cooperación, que el autor denomina las tres “R”: 1. Reputación, 2. Reciprocidad y 3. Retaliación.³ En relación a la primera, el autor la define como los “juicios sobre el comportamiento pasado de un Estado”,⁴ que permite realizar predicciones sobre cumplimientos futuros basados en ese comportamiento. La Reputación por lo tanto se convierte en una suerte de capital que un Estado puede

* Título original traducido del inglés: *How International Law Works, A Rational Choice Theory*.

** Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Investigador sobre temas de Derecho Internacional Económico y de Inversiones.

1. Andrew T. Guzmán, *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 8.

2. Para una mayor explicación de las diferentes teorías de fundamento del Derecho Internacional, ver a Sean D. Murphy, *Principles of International Law*, Washington, Thomson/West, 2006, pp. 10 y siguientes.

3. Andrew T. Guzmán, *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, p. 9.

4. *Ibid.*, p. 33.

acumular, y que, haciendo una analogía con derivados financieros,⁵ tiene una suerte colateral del compromiso que los estados asumen en tratados y acuerdos internacionales. En otras palabras, una razón para el cumplimiento de normas de Derecho internacional es la necesidad del Estado de mantener una reputación en el ámbito internacional que le permita hacer cumplir obligaciones existentes y al mismo tiempo tener una base de credibilidad para negociaciones futuras. Por otro lado, la Reciprocidad es el cambio de comportamiento de un Estado motivado por el deseo de maximizar los beneficios de un tratado⁶ al esperar un comportamiento similar de cumplimiento de otros estados. Finalmente, la Retaliación consiste en acciones utilizadas para castigar al infractor de una obligación internacional; puede consistir en actos desde acciones diplomáticas, medidas de orden económico e inclusive acciones militares. Sin embargo, gran parte del libro analiza la reputación como factor del cumplimiento del Derecho internacional, con la justificación de que la reciprocidad y retaliación han sido explorados ampliamente en otros textos.

Dentro del estudio de la reputación en el contexto internacional, el autor concluye que esta es relativa, es decir que la reputación de un Estado difiere o es percibida de diferente manera por otros estados. Como ejemplo se expone el caso de Estados Unidos⁷ cuya reputación puede ser percibida de diferente manera por Canadá, que es su socio comercial, que por otros países donde no posea tanta cercanía como por ejemplo Siria. Un segundo elemento que se analiza sobre la reputación es que el cumplimiento de las obligaciones internacionales genera un capital reputacional y por lo tanto mientras mayor sea la importancia de una obligación, mayor será el capital adquirido por un Estado si actúa en conformidad al Derecho internacional.

No se proporcionan elementos objetivos para apreciar la importancia de una obligación internacional,⁸ pero sí se mencionan algunos criterios para tomar en cuenta, uno de ellos es que el capital reputacional no es proporcional cualitativamente al número de tratados cumplidos sino al contexto de los mismos. Otro elemento mencionado es la determinación del beneficio de un Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales frente a la acumulación de capital reputacional.⁹ En este sentido, un Estado puede sacrificar la pérdida de reputación frente a la posibilidad de alcanzar fines particulares de importancia. Un ejemplo de esto

5. *Ibid.*, p. 40.

6. *Ibid.*, p. 34.

7. *Ibid.*, p. 73.

8. *Ibid.*, p. 77.

9. *Ibid.*, p. 75.

es el uso de la fuerza de Estados Unidos en Irak, donde sacrificó su reputación por el cumplimiento de fines que se justificaron como de seguridad.¹⁰

TEORÍAS DE ELECCIÓN RACIONAL EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Para el análisis de la reputación como factor que determina el comportamiento de los estados frente al Derecho internacional, Guzmán recurre a varias herramientas de la teoría de elección racional, diseñadas originalmente para explicar las decisiones de los individuos.

Goldsmith y Posner, exponen claramente el uso de la teoría de elección racional:

Nuestra teoría de derecho internacional asume que los estados actúan racionalmente para maximizar sus intereses (...) Este supuesto introduce premisas estándares sobre la teoría de la elección racional: Las preferencias sobre resultados incorporados en el interés del Estado son coherentes, completas y transitivas. Pero no pretendemos que los axiomas de elección racional representen con exactitud el proceso de toma de decisiones de un “Estado” en toda su complejidad, (...) Más bien, se utiliza la teoría de la elección racional pragmáticamente como una herramienta para organizar nuestras ideas e intuiciones...¹¹

Dentro de las teorías de elección racional, para analizar la reputación, el autor utiliza frecuentemente la teoría del prisionero,¹² que consiste básicamente en la decisión de dos individuos aislados de cooperar o no cooperar entre sí y donde el mayor

10. El mismo análisis puede aplicarse a la decisión unilateral de Colombia de atacar un campamento de las FARC en territorio ecuatoriano, violando normas internacionales. En este caso el objetivo militar fue más importante que la posible pérdida de reputación del Estado colombiano frente a sus vecinos.

11. Jack L. Goldsmith y Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 7.

12. Eduardo Baistrocchi, explica la Teoría del Prisionero de la siguiente manera: “Dos personas han sido acusadas de haber cometido un delito. Están siendo interrogadas en habitaciones separadas de modo tal que no pueden comunicarse entre sí. Si ninguna de ellas confiesa, ambas recibirán una pena leve de, digamos, dos meses en prisión. Si ambas confiesan y se incriminan mutuamente, recibirán una pena mayor de, digamos tres meses en prisión. Finalmente, si solo una de ellas confiesa incriminando a la otra, la parte que confiesa recibirá la más baja sanción (un mes). Y la otra persona la más grave sanción (cuatro meses). Los acusados no pueden comunicarse entre sí. No respetan principio moral alguno. Cada jugador solo desea seguir una estrategia que le otorgue el mayor beneficio posible sin importar cual sea el comportamiento de la otra parte (...) La interacción estratégica del dilema del prisionero otorga a ambos jugadores el incentivo a no cooperar con el otro. Esto es, a confesar el delito e incriminar al otro jugador. Ello es así porque si un jugador decide cooperar con el otro, negando la participación en el delito en cuestión, correría el riesgo de ser enviado a prisión por el más largo período posible si la otra confesara”. Eduardo Baistrocchi, “La estructura del Sistema de Tributación Internacional: Algunas cuestiones conceptuales”, en *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008, p. 61.

beneficio radica en cooperar con el otro jugador, pero donde las partes usualmente eligen no hacerlo y minimizar el riesgo de incumplimiento del otro jugador.

Guzmán propone como ejemplo el análisis del dilema del prisionero en las negociaciones para el desarme nuclear, en especial el Tratado Anti Misiles Balísticos entre Estados Unidos y la Unión Soviética en 1972 que tenía como fin el desarme de los dos estados. El máximo beneficio para ambos países era la cooperación mutua –control de armamento– pero la estrategia dominante era “hacer trampa” –carrera armamentista–,¹³ esto debido a que el riesgo de que un Estado se desarme sin que el otro lo haga era mucho más grande que el beneficio del desarme en sí. En este punto, la reputación se constituye en un elemento importante adicional a los incentivos que proporciona la teoría del dilema del prisionero, debido a que existe un interés de futuras negociaciones sobre varios aspectos entre dos partes, por lo que en caso de incumplimiento se afecta la capacidad del Estado de entrar en compromisos futuros. Es así que, por lo expuesto en este ejemplo, los dos estados pueden entrar en una dinámica de desarme por el valor que tiene la construcción de compromisos futuros.

Desde este punto de vista, los tratados para Guzmán no son más que un “intercambio de promesas entre estados”,¹⁴ motivo por el cual la mayor o menor reputación de un Estado se traduce en la capacidad de intercambiar en mayor o menor grado promesas con otros estados. Desde esta concepción el *soft law* o Derecho blando internacional, que se lo entiende como “promesas, obligaciones o compromisos internacionales con arreglo al derecho internacional”,¹⁵ es un derecho pleno. El autor concluye que las mismas causas de cumplimiento, en especial la reputación, son aplicables también al *soft law*.¹⁶

COMENTARIO

El trabajo de Andrew T. Guzmán brinda al análisis del Derecho internacional muchos elementos refrescantes y valiosos para entender su esencia. Como el mismo autor lo anota, el Derecho internacional se encuentra en una etapa de transformación, especialmente en su parte metodológica, donde es cada vez más común el uso de herramientas de la investigación social tanto cuantitativa como cualitativa.¹⁷

13. Andrew T. Guzmán, *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, p. 31.

14. *Ibid.*, p. 32.

15. *Ibid.*, p. 142.

16. *Ibid.*, p. 180.

17. *Ibid.*, p. 211.

Sin embargo, la obra tiene algunas observaciones que lo alejan de ser una teoría general de Derecho internacional como su autor pretende, pues constituye una teoría de la reputación internacional como incentivo de cumplimiento del Derecho internacional. Asimismo, otros puntos que pueden ser objeto de observación son la simplicidad en ciertos conceptos, por ejemplo, el análisis de los estados, que se los asume como entidades unitarias con intereses unitarios y no como sujetos políticos complejos donde internamente existe un gran número de grupos de interés, lo cual puede dificultar el hablar de interés unitario de un Estado. De igual forma la definición que se usa en torno a los tratados, como simples “intercambios de promesas”, puede desconocer el desarrollo mismo de las fuentes del Derecho internacional. Finalmente, la obra no entra en un análisis de las dinámicas de la reputación desde el punto de vista de los procesos de integración, pero sus principios bien pueden aplicarse para analizar el cumplimiento del Derecho comunitario.

Por lo expuesto, y a pesar de las cuestiones señaladas, la obra “Como Funciona el Derecho Internacional, Una Teoría de Elección Racional” es sin duda un importante y valioso aporte para el entendimiento pleno de esta rama del Derecho, debiéndose resaltar que es producto de un gran esfuerzo metodológico reflejado en una adecuada construcción del concepto de reputación en el Derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Baistrocchi, Eduardo, “La estructura del Sistema de Tributación Internacional: algunas cuestiones conceptuales”, en *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008.
- Goldsmith, Jack L., y Posner Eric, *The Limits of International Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- Guzmán, Andrew T., *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- Murphy, Sean D., *Principles of International Law*, Washington, Thomson/West, 2006.

Análisis del dictamen No. 023-10-DTI-CC de la Corte Constitucional para el período de transición referente al “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital” (Caso No. 0006-10-TI)

*Christian Masapanta Gallegos**

RESUMEN

El presente trabajo analiza de manera crítica el pronunciamiento de la Corte Constitucional para el Período de Transición respecto al control constitucional de las denuncias de tratados bilaterales de inversiones de capital, tomando como caso de estudio el instrumento internacional suscrito entre Ecuador y Alemania, en el cual bajo una corriente constitucionalista, la Corte somete al crisol de la contradicción el contenido del tratado internacional con la normativa constitucional vigente.

En aquel sentido, analizaremos cómo, a través de este polémico dictamen, se inicia una línea jurisprudencial en la que se configuran temas controversiales como el denominado control automático de constitucionalidad; y, el debate respecto a la soberanía estatal en cuanto al no sometimiento del Ecuador a arbitrajes comerciales internacionales en asuntos de índole comercial.

PALABRAS CLAVE: inversiones de capital, control automático de constitucionalidad, denuncia de tratados internacionales, arbitraje comercial internacional, tratados bilaterales de inversiones.

SUMMARY

The aim of this paper is to analyze the rulings of The Ecuadorian Constitutional Court that deals with the denunciations or withdrawals from the Bilateral Investment Treaties (BITs) signed by Ecuador. The article is focus on the Ruling over the Ecuadorian and German BIT, where under a constitutional approach the Court contrasted the BIT obligations with the Ecuadorian Constitution of 2008. In

* Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

addition, the article explains how this controversial Rulings starts a line of precedents related with the concept of automatic constitutionality control, and contributes to the debate of the prohibition to cede sovereign jurisdiction to international arbitration venues in contractual or commercial disputes.

KEY WORDS: capital investments, automatic constitutionality control, denunciation of international treaties, international commercial arbitration, bilateral investment treaties

FORO

INTRODUCCIÓN

Como bien lo destaca César Montaña Galarza, la Constitución es la “norma de derecho que encausa, institucionaliza y pone barreras al poder estatal que es a la vez, el del pueblo soberano”.¹ En aquel sentido, dentro del contexto nacional e internacional la Carta Fundamental ecuatoriana se articula como un sistema de límites y vínculos para todos los poderes públicos. Es así cómo los representantes de la Función Ejecutiva, al momento de la suscripción de tratados internacionales, así como los representantes del parlamento al momento de ratificarlos, deben observar la armonía del tratado internacional con las normas constitucionales como requisito para su validez.

Dentro de las relaciones internacionales es obligación de los representantes del Estado ecuatoriano actuar con la debida diligencia para comprometer a nuestro país en un instrumento internacional, así al momento de negociar, firmar, aprobar, controlar y ratificar el tratado internacional, los distintos agentes del Estado ecuatoriano deben observar que las normas que integran estos instrumentos internacionales no vulneren las disposiciones constitucionales.

Bajo la corriente constitucionalista nada está exento del control constitucional; aquel espíritu se vio plasmado en la Constitución ecuatoriana de 2008, dotando a la Corte Constitucional la facultad de realizar aquel control mediante un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador. Precisamente, dentro del ejercicio de esta potestad, la Corte Constitucional ecuatoriana realizó el control de constitucionalidad de varios tratados bilaterales de inversión recíproca entre el Ecuador y distintos países; decisiones que generaron varios

1. César Montaña Galarza, “Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, p. 353.

cuestionamientos en cuanto al manejo de las relaciones internacionales en temas de inversiones del Ecuador en el contexto internacional.

En este trabajo se analiza el dictamen de constitucionalidad del tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital, por ser el dictamen iniciador de línea jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, en que impulsa figuras como el control automático de constitucionalidad y el polémico conocimiento de denuncias de tratados internacionales *a posteriori* a su suscripción; correspondiendo a la Corte Constitucional establecer la verosimilitud de esta denuncia de los tratados internacionales ante un supuesto conflicto de su normativa con el texto constitucional ecuatoriano; en lo principal, una supuesta contradicción del texto del tratado internacional con principios como la supremacía constitucional, la seguridad jurídica y un posible atentado a la soberanía estatal, especialmente respecto a la regla constitucional que prohíbe la cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales de índole comercial.

NATURALEZA DEL DICTAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LA DENUNCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES

Antes de realizar un análisis en cuanto al contenido formal y material del dictamen de constitucionalidad emitido por la Corte Constitucional ecuatoriana, es menester determinar la naturaleza de esta acción a la luz del constitucionalismo ecuatoriano vigente.

En ese sentido, se debe determinar que la norma constitucional contenida en el artículo 438 consagra la atribución de la Corte Constitucional ecuatoriana para emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad, entre otros casos, respecto de los tratados internacionales, antes de a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional,² aquello guarda relación con el principio de supremacía constitucional, el cual podemos observar expresamente en el artículo 424 que determina “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico [...]”; de

-
2. Art. 438. La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:
 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.
 2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.
 3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

igual manera se establece una jerarquía superior de la Constitución por sobre los instrumentos internacionales (art. 425 CRE).³

Este imperativo constitucional de un control formal y material de constitucionalidad de los tratados e instrumentos internacionales permite configurar una supremacía constitucional, aparejada con la armonía que todas las normas deben guardar con la Constitución; correspondiendo a un órgano constituido como la Corte Constitucional realizar el control de constitucionalidad previo y vinculante de estos tratados suscritos por el Estado ecuatoriano, para su posterior ratificación por parte del órgano legislativo.

Empero, nada se manifiesta respecto a un control posterior de estos instrumentos internacionales y es ahí en donde nos encontramos dentro de una disyuntiva hermenéutica en el ámbito del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales en el constitucionalismo ecuatoriano, en cuanto al alcance de este pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a las denuncias de tratados internacionales.

Una primera cuestión a ser analizada es que la normativa constitucional no dice nada respecto a la denuncia de los instrumentos internacionales, puesto que la atribución de la Corte Constitucional antes descrita bajo el espíritu constituyente solo se haría extensiva a un control previo a la ratificación por parte del órgano legislativo, surgiendo un primer problema a ser resuelto por la Corte en cuanto a su competencia para conocer esta denuncia.

Siguiendo una interpretación literal, la Corte Constitucional subsana este problema manifestando que si bien la normativa constitucional no dice nada respecto a su competencia para realizar un control a posteriori de la denuncia de tratados internacionales, la norma *ibídem* abre una brecha interpretativa para que la Corte Constitucional emita este dictamen además de los casos expresados en el artículo 438 de la Constitución a otros casos que determine la ley.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional vía hermenéutica direcciona su competencia para conocer la denuncia de este tratado internacional y emitir su dictamen de constitucionalidad en disposiciones de carácter legal, para lo cual se sirve de las varias disposiciones consagradas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

3. Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Constitucional y la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Así, manifiesta que de acuerdo al artículo 75 numeral 3 literal d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional⁴ es competente para realizar el control de constitucionalidad de los Tratados internacionales, pese a que esta norma trata del control abstracto de constitucionalidad de tratados internacionales y no específicamente acerca de la denuncia de estos. La Corte Constitucional sustenta además su competencia en las modalidades de control establecidas en el artículo 107 *ibidem*.

Sin embargo, ninguna de las disposiciones invocadas por la Corte Constitucional hace referencia de manera clara y expresa a esta competencia de ejercer un control de constitucionalidad respecto a las denuncias de instrumentos internacionales. Si bien el artículo 112 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su numeral 4, abre de una manera no muy clara, esa posibilidad cuando se declare la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado,⁵ sin embargo, lo que parece no haber observado la Corte Constitucional es que ese artículo es aplicable exclusivamente a los efectos de las sentencias y dictámenes constitucionales y sobre todo a tratados ya ratificados; pero ¿qué sucede con las denuncias de tratados internacionales antes de a su ratificación?

Para solucionar este problema, la Corte Constitucional sustenta su competencia en el artículo 71, numeral 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición,⁶ en que bajo una interpretación sistemática la Corte Constitucional asume esta competencia para emitir un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto a las denuncias de tratados internacionales conforme la disposición contenida en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.⁷ Es decir, la competencia de la Corte Constitucional termina siendo asumida a través de una disposición contenida en un reglamento interno, emi-

-
4. Art. 75. Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:
 3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos:
 - d) Tratados Internacionales
 5. Art. 112. Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes:
 4. Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional.
 6. Art. 71. Para el control constitucional de los tratados internacionales, la Corte Constitucional procederá de la siguiente forma:
 3. El control previo de constitucionalidad de las denuncias de los tratados de que trata el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, se sujetará a lo dispuesto en numeral anterior.
 7. Art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites; 2. Establezcan alianzas políticas o militares; 3. Contengan el compromiso de

tido por el Pleno de la misma Corte Constitucional, lo cual evidencia una crisis de legitimidad en cuanto al ámbito competencial para asumir este control.

ANTECEDENTES DEL DICTAMEN

Conforme se desprende del dictamen de constitucionalidad, el Economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República, mediante oficio No. 4766-SNJ-10-21 de 6 de enero del 2010, solicitó a la Corte Constitucional para el Período de Transición emitir dictamen favorable para la denuncia de los acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de inversiones, suscritos por la República del Ecuador con distintos países, dentro de los cuales se encuentra el Acuerdo Internacional celebrado entre el Gobierno de la República del Ecuador y la República Federal de Alemania.⁸

Se debe mencionar que antes de a la emisión del dictamen de constitucionalidad de la denuncia del instrumento internacional, el Pleno de la Corte Constitucional debía aprobar un informe en el que se establecía si se requería o no aprobación legislativa; una vez que este informe fue aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional se procedió a la publicación del texto del tratado internacional⁹ para luego realizar un control automático de constitucionalidad del tratado internacional.¹⁰

expedir, modificar o derogar una ley; 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución; 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales; 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio; 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; y, 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

En todos estos casos, en un plazo máximo de diez días después de que se emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional, la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen. En este caso, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, verificará la documentación correspondiente y remitirá el tratado a la comisión especializada, para que en el plazo máximo de veinte días, emita el informe que será puesto a conocimiento del Pleno. La aprobación de estos tratados requerirá el voto de la mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional.

8. El *Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital*, fue suscrito el 21 de marzo de 1996 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 335 de 23 de mayo de 1997.
9. Mediante comunicación de 12 de abril de 2010, se dispone la publicación en el Registro Oficial del texto del “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital”, a fin de que cualquier ciudadano pueda intervenir defendiendo o impugnando la constitucionalidad total o parcial del respectivo Tratado Internacional. Este que fue publicado el 20 de abril de 2010, en el Suplemento del Registro Oficial No. 175.
10. En sesión extraordinaria celebrada el día jueves 25 de marzo de 2010, el Pleno de la Corte Constitucional aprobó el informe previo mediante el cual se establecía que requiere aprobación legislativa y en consecuencia procede el control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

El economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República del Ecuador, mediante oficio No. T.4766-SNJ-10-21 de 6 de enero de 2010, establece la necesidad de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de este instrumento internacional, el que según el primer mandatario contiene cláusulas contrarias a la Constitución y que son lesivas para los intereses nacionales, como la de:

someter jurisdiccionalmente al Ecuador, (la mayoría con sede en Washington), al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de “inversión”, llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido “arbitrarias” o “discriminatorias” [...].

Según el Presidente de la República, para evitar que situaciones como estas perjudiquen al país, en cumplimiento del art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, concordante con el art. 112 numeral 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales señala que corresponde a la Corte Constitucional emitir dictamen de constitucionalidad, previo y vinculante a la denuncia de tratados internacionales, que, como en este caso, atribuyen competencias propias del orden jurídico interno a organismos internacionales o supranacionales.

INTERVENCIÓN DE CIUDADANOS

De conformidad al art. 111, literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, comparece el señor Blasco Peñaherrera Solah, en su calidad de representante legal de la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, dentro del término de 10 días, contados a partir de la publicación del Tratado en el Suplemento del Registro Oficial No. 175 del 20 de abril de 2010, manifestando que no existe en la Constitución ecuatoriana un procedimiento para declarar un tratado internacional como inconstitucional.

Hace referencia a la posición de la Presidencia de la República sobre la aparente contradicción del instrumento internacional con el artículo 422 de la Constitución de la República, el mismo que señala: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y

personas naturales o jurídicas privadas”. Manifiesta que el artículo 422 no tiene relación entre la soberanía y arbitraje ya que las controversias derivadas de violación de un tratado usualmente nacen de decisiones soberanas de un Estado no contenido en contratos sino más bien en leyes o actos administrativos.

Sostiene que el artículo 422 se refiere a controversias contractuales; es decir se prohibiría que el Estado suscriba tratados internacionales en los que ceda jurisdicción en controversias contractuales, mientras que, los Tratados de Protección de inversiones se encuentran en tratados internacionales que regulan aspectos de los estados no contractuales porque son soberanos.

De lo manifestado por el Presidente: “Los Tribunales arbitrales a los que dichos tratados obligan a someter jurisdiccionalmente al Ecuador, al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano...”. Afirma que el Estado ecuatoriano decidió denunciar el Convenio de Washington, por lo que, al haber transcurrido más de seis meses desde dicha denuncia, no podría ser sometido a los tribunales arbitrales del CIADI.

Con los antecedentes expuestos, el representante legal de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, solicita a la Corte Constitucional se abstenga de emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de los *Acuerdos Bilaterales de Protección Recíproca de inversiones suscrito por la República del Ecuador con Alemania*; y, que

se instruya al Gobierno ecuatoriano se renegocien los tratados internacionales referidos utilizando para ello las disposiciones contenidas en los mismos, para lo cual se iniciarán las negociaciones diplomáticas pertinentes y en caso de que ello no ocurra se presenten los arbitrajes necesarios para solucionar las diferencias en cuanto al contenido y alcance de las disciplinas jurídicas contenidas en los referidos acuerdos de inversión.

EL CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES

Conforme se destacó en líneas anteriores, la Corte Constitucional ha establecido que el Pleno del organismo emita un informe respecto a la necesidad o no de aprobación o denuncia de los tratados internacionales por parte de la Asamblea Nacional, con el objeto de establecer si el instrumento a ser analizado se encasilla dentro de los casos contemplados en el artículo 419 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

En ese sentido, el Pleno de la Corte Constitucional resolvió en sesión extraordinaria de 25 de marzo del 2010 aprobar el informe respecto a la necesidad de aprobación

legislativa de la denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, conforme lo dispuesto en el artículo 419, numeral 6 de la Constitución, y el artículo 108, numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que en la especie determina: “La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: [...] 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio”.

Una vez aprobado el informe, y publicado el texto del tratado internacional para conocimiento de la ciudadanía y de las personas interesadas en este, conforme lo determina el artículo 71.3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional en concordancia con el artículo 110 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,¹¹ la Corte Constitucional realiza un control automático de constitucionalidad de los Tratados Internacionales, que consiste en un control formal y material del presente instrumento internacional.

EN CUANTO AL CONTROL FORMAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES

Una vez subsanada la barrera competencial para realizar el control constitucional de la denuncia de estos tratados de inversión recíproca, la Corte Constitucional procede a realizar un control automático de constitucionalidad respecto al contenido de este instrumento internacional; dicho control automático consiste en el análisis formal y material del tratado.

Bajo el paradigma constitucional ecuatoriano, todas las disposiciones normativas deben guardar armonía formal y material con el texto constitucional, configurándose de esta manera la supremacía de la constitución; así, el artículo 417 de la Carta Fundamental ha establecido que “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución [...]”. Este mandato constitucional compromete a las relaciones internacionales del Estado ecuatoriano a establecer un control de constitucionalidad de los diversos instrumentos internacionales

11. Art. 110. La Corte Constitucional realizará el control constitucional de los tratados internacionales, de la siguiente manera: 1. Los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa, tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa.

suscritos por parte del Estado, en donde el respeto a la Constitución será el factor detonante de su validez.

En el dictamen objeto de nuestro análisis se puede observar que la Corte Constitucional realiza una justificación normativa desde el punto de vista formal respecto a la competencia de este órgano para ejercer el control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales. Para aquello se apoya en la disposición contenida en el artículo 417 de la Constitución.¹²

La Corte Constitucional del Ecuador en el dictamen analizado, claramente se ubica dentro de la corriente constitucionalista al manifestar que:

Está plenamente justificado el control constitucional dentro de la vida jurídica de cada uno de los Estados, y aquel control se hace extensivo también al ámbito del Derecho Internacional y en la especie a los Tratados y Convenios Internacionales; ya que si bien aquel mecanismo de control se ha producido para limitar el poder de los órganos tradicionales que lo detentan (ejecutivo, legislativo y judicial), las temáticas abordadas dentro de un instrumento internacional tienden a contener derechos que les asisten a los particulares de un Estado suscriptor. En nuestro medio la principal fuente de legitimidad a la hora de la suscripción de un tratado o convenio internacional está dado por el respeto a las normas constitucionales.¹³

En este sentido, la Corte Constitucional reconoce que la validez de un instrumento internacional está determinado por el respeto y armonía con la Constitución de la República, ya que dentro del instrumento internacional puesto a su conocimiento se ven inmersos derechos de los habitantes del Ecuador.

En cuanto al control formal, la Corte Constitucional toma como referente el informe previo realizado por el Pleno del organismo, determinándose que la denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, se encasilla en las causales del artículo 419 de la Constitución de la República.

La Corte Constitucional va a ejercer dicho control atendiendo a los límites formales que la propia Constitución de la República establece en cuanto al respeto de las normas constitucionales contenidas en los artículos 417, 418 y 419, que determinan en la especie la sujeción de los tratados y convenios internacionales a lo establecido

12. Art. 417. Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

13. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición No. 023-10-DTI-CC, caso No. 0006-10-TI.

en la Constitución, así como la facultad del Presidente o Presidenta de la República para suscribirlos y de la Asamblea Nacional para ratificarlos, determinándose que estas funciones del Estado son competentes para hacerlo, lo cual implica un claro límite en cuanto a los órganos competentes para realizar el control de constitucionalidad, la suscripción y ratificación de los instrumentos internacionales, denotándose que continúan siendo los órganos estatales quienes mantienen la competencia en cuanto a la suscripción, aprobación y ratificación de los tratados internacionales.

Así, el artículo 419 de la Constitución faculta a la Asamblea Nacional la aprobación previa a la ratificación o denuncia de los tratados o convenios internacionales, ubicando dentro de este artículo los casos en los cuales podrá intervenir el órgano legislativo.

La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites;
2. Establezcan alianzas políticas o militares.;
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley;
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución;
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales;
6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio;
7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional;
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

En su análisis, la Corte Constitucional además señala que las relaciones internacionales del Ecuador son un motor del desarrollo nacional, así el artículo 416 determina que:

las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: 12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

Por disposición constitucional contenida en el artículo 419 de la Carta Fundamental ecuatoriana y en el art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, corresponderá a la Corte determinar si para la denuncia de este instrumento internacional, este se encuentra dentro de los casos que requieren aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional; y en aquel sentido se establece que el “*Acuerdo Bilateral de protección Recíproca de Inversiones*”, suscrito por la República del Ecuador con la República Federal de Alemania se enmarca dentro de los casos contemplados en los artículos 419.6 de la Constitución y 108.6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, es decir, que: “comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio”; por lo que, al tratarse de temas de inversiones de capital se verán inmersas actividades de índole comercial, por lo tanto, se requerirá de la aprobación previa del legislativo para la denuncia de este instrumento internacional.

En la especie, se determina que el contenido del instrumento internacional objeto de control previo a su denuncia, hace referencia al fomento, tratamiento, protección de las inversiones, libres transferencias, y solución de controversias entre las partes; es decir, temáticas asociadas al comercio internacional. En este sentido este instrumento internacional compromete al país en un acuerdo de comercio, justificándose la necesidad de requerir la aprobación legislativa previa a la denuncia.

Por lo antes expuesto, se puede colegir que la Corte Constitucional asume de manera formal que el contenido del instrumento internacional objeto de análisis se encasilla dentro de los tratados internacionales que comprometerán al Estado ecuatoriano en acuerdos de integración y de comercio al tratar la temática asociada a las inversiones recíprocas entre la República del Ecuador y la República de Alemania, por tanto sujeto a ratificación o denuncia por parte del órgano legislativo.

CONTROL MATERIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En cuanto al control material que realiza la Corte Constitucional ecuatoriana en el dictamen objeto de este análisis, de manera didáctica podríamos agruparlo en dos escenarios:

A) NORMAS CONSIDERADAS CONSTITUCIONALES

En el análisis realizado por la Corte Constitucional, en su dictamen se destaca el que realiza al contenido del articulado del tratado internacional, en donde se realiza la determinación de conceptos nucleares del tratado internacional y las disposiciones que guardan armonía con la Carta Fundamental contrastándolas con el texto consti-

tucional, para lo cual es necesario analizar la naturaleza de los tratados de inversiones recíprocas.

Conceptos Nucleares del Tratado Internacional

El artículo 1 del “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital”, contiene varias definiciones de los conceptos nucleares que serán empleados a lo largo de este instrumento internacional, los que se encuentran directamente relacionados con elementos descriptivos, por lo que la Corte Constitucional no realiza un profundo análisis hermenéutico respecto a su compatibilidad con la Constitución de la República

Artículo 1. Definiciones.

Para los fines del presente Tratado:

1. El concepto de “Inversiones de capital” comprende toda clase de bienes, en esencial:
 - a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda;
 - b) derechos de participación en sociedades, y otros tipos de participaciones en sociedades;
 - c) derechos a fondos empleados para crear un valor económico o a prestaciones que tengan un valor económico;
 - d) derechos de propiedad intelectual, en especial derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos industriales, marcas, nombres comerciales, secretos industriales y comerciales, procedimientos tecnológicos, know-how y valor llave;
 - e) concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de prospección y explotación; las modificaciones en la forma de inversión de los bienes no afectan a su carácter de inversiones de capital;
2. El concepto de “rentas” designa aquellas cantidades que corresponden a una inversión de capital por un período determinado, como participantes en los beneficios, dividendos, intereses y derechos de licencia.
3. El concepto de “nacionales” designa:
 - a) con referencia a la República Federal de Alemania:

Los alemanes en el sentido de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania;
 - b) con referencia a la República del Ecuador:

Las personas que son consideradas ecuatorianas de conformidad con la Constitución Política del Ecuador;

4. El concepto de “sociedades” designa:

a) con referencia a la República Federal de Alemania:

Todas las personas jurídicas, así como todas las sociedades comerciales y demás sociedades con o sin personalidad jurídica que tengan su sede en el territorio de la República Federal de Alemania, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro;

b) con referencia de la República del Ecuador;

Toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentos ecuatorianos y que tenga su domicilio en el territorio de dicha Parte Contratante, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro.

En ese sentido, llega a determinar que el artículo 1, al establecer conceptualizaciones respecto a “inversiones de capital”, “rentas”, “nacionalidades” y “sociedades”, y al ser eminentemente descriptivos no contradicen de manera alguna el texto constitucional, más bien asocia que a través de este artículo se está promoviendo la inversión, encontrándose este artículo acorde al artículo 339 de la Constitución¹⁴ en donde se determina que el Estado ecuatoriano promoverá las inversiones nacionales y extranjeras; y que de igual manera en el concepto de *nacionales*, se hace referencia a que en Ecuador serán considerados como tales las personas que son ecuatorianas conforme a la Constitución de la República, guardando aquello conformidad con lo establecido en sus artículos 7 y 8 de la norma,¹⁵ que trata acerca de los sistemas de determinación de nacionalidad ecuatoriana.

14. Art. 339. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión.

15. Art. 7. Son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento: 1. Las personas nacidas en el Ecuador. 2. Las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador; y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad. 3. Las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidos por el Ecuador con presencia en las zonas de frontera.

Art. 8. Son ecuatorianas y ecuatorianos por naturalización las siguientes personas: 1. Las que obtengan la carta de naturalización. 2. Las extranjeras menores de edad adoptadas por una ecuatoriana o ecuatoriano, que conservarán la nacionalidad ecuatoriana mientras no expresen voluntad contraria. 3. Las nacidas en el exterior de madre o padre ecuatorianos por naturalización, mientras aquellas sean menores de edad; conservarán la nacionalidad ecuatoriana si no expresan voluntad contraria. 4. Las que contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o un ecuatoriano, de acuerdo con la ley. 5. Las que obtengan la nacionalidad ecuatoriana por haber prestado servicios relevantes al país con su talento o esfuerzo individual.

Quienes adquieran la nacionalidad ecuatoriana no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen. La nacionalidad ecuatoriana adquirida por naturalización se perderá por renuncia expresa.

Naturaleza de los Tratados Bilaterales de Inversiones

El mercado global exige que los diversos estados del mundo alimenten sus economías mediante la captación de inversiones extranjeras provenientes de otros países con los cuales mantiene relaciones internacionales en el ámbito financiero y productivo; en este sentido, nuestro país, al no estar exento de la dinámica mundial, ha emprendido en la suscripción de una serie de tratados internacionales bilaterales de protección de inversiones recíprocas, como un mecanismo de fomentar la inversión, lo cual denota un claro objetivo económico en esta clase de instrumentos internacionales.

Para Esteban Ymaz Videla:

El fundamento económico de este tipo de tratados es, por un lado la necesidad de los países exportadores de capital de dar a sus nacionales que intervienen en países en desarrollo una protección confiable basada en un acuerdo intergubernamental que no puede ser modificado unilateralmente –como las leyes internas– por el país receptor de la inversión; protección que atiende a riesgos no comerciales o políticos [...] procurando cubrir los aspectos más importantes del tratamiento de las inversiones, incluyendo los principios del derecho internacional consuetudinario en el tratamiento de la propiedad extranjera. Y por el otro, la necesidad de los países en desarrollo del ingreso de capitales a su territorio, siendo la firma de estos convenios una de las medidas para atraerlos.¹⁶

En líneas generales, estos tratados bilaterales lo que buscan es el fomento y la promoción de la cooperación económica bilateral, en donde se establecen prerrogativas para los estados suscriptores, pero ante todo a favor de los inversores a través de normas que garanticen un trato justo y equitativo de estos últimos en el país receptor para que no exista un trato discriminatorio respecto a los inversores nacionales. Cabe destacar como elemento característico de estos compromisos internacionales que al tratarse de un instrumento internacional estas prerrogativas así como las cláusulas que garantizan estas inversiones no se vinculan a una relación directa entre el Estado receptor y el inversor particular, sino en una serie de deberes y obligaciones que el Estado receptor asume con el otro Estado, lo cual es propio de un tratado bilateral.

Esta naturaleza de los tratados bilaterales de inversiones recíprocas se ve plasmado a lo largo del tratado internacional y es justificado por parte de la Corte Constitucional asociando el tema de las inversiones como uno de los objetivos primordiales del Estado en búsqueda del desarrollo; al respecto se observa que a partir del artículo 2 se esta-

16. Esteban Ymaz Videla, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 9.

blecen normas asociadas al fomento, promoción, tratamiento justo y equitativo a estas inversiones de capital, sin que se perjudique en su territorio la utilización, el uso, o el aprovechamiento de las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra parte contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.

Al respecto, esta Corte manifiesta que este artículo se enmarca dentro de los preceptos establecidos en el art. 284.8 de la Constitución de la República que consagra como objetivos de la política económica propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes; el art. 339 de la Constitución que promueve las inversiones nacionales y extranjeras; y, art. 416.12 *ibidem* que determina entre las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional el fomentar un nuevo Sistema de Comercio e Inversión entre los estados, que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Por lo tanto se declara su constitucionalidad.

En el artículo 3, la Corte manifiesta que en cuanto al tratamiento de inversiones no se evidencia una contradicción con normas contenidas en el texto constitucional ecuatoriano, toda vez que el numeral 1 del mentado artículo consagra el principio de igualdad de tratamiento a las inversiones de capital que sean propiedad o estén bajo la influencia de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante con las inversiones de capital de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de capital de nacionales y sociedades de terceros estados. En su numeral 2 admite que no se concederá un trato menos favorable que el de sus nacionales o sociedades nacionales en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones de capital, a las Partes Contratantes. Además, expresa que este artículo, en su numeral tercero, deja a salvo el trato en cuanto a los privilegios que se suscitaren respecto a instituciones del Derecho de Integración en el ámbito económico, como son una unión aduanera o económica, mercado común, una zona de libre comercio, o a causa de su asociación con tales agrupaciones, lo cual guarda concordancia con el art. 276. 5, que determina que el régimen de desarrollo tendrá entre sus objetivos “impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional”. Y finalmente, el numeral 4 no se refiere a las ventajas que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales o sociedades de terceros estados como consecuencia de un acuerdo para evitar la doble imposición o de otros acuerdos sobre asuntos tributarios.

La Corte establece que el artículo 4 del tratado respecto a la protección y seguridad de inversiones e indemnizaciones en caso de expropiaciones, determina en cuanto al numeral primero lo siguiente: “Las inversiones de capital de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante”, según el criterio de la Corte aquel numeral

guarda concordancia con el art. 321 del texto constitucional, el mismo que reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas y por lo tanto resulta ser constitucional.

De igual manera sostiene que el numeral segundo guarda armonía con el texto constitucional ecuatoriano, en la especie con la disposición contenida en el art. 323 de la Constitución de la República¹⁷ que determina las causales por las cuales se podría continuar a un proceso de expropiación previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley; determinándose adicionalmente que se prohíbe toda forma de confiscación; con lo cual se brinda seguridad a estas inversiones guardando este numeral coherencia con el texto constitucional.

El numeral tercero consagra la igualdad de trato entre las partes contratantes, cuando una de ellas sufra pérdidas en sus inversiones de capital por efecto de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o motín en el territorio de la otra Parte Contratante, ante lo cual no serán tratados menos favorablemente de sus propios nacionales o sociedades en lo referente a restituciones, ajustes, indemnizaciones u otros pagos, lo cual según la Corte Constitucional se encasilla dentro del principio de igualdad de las partes que suscribieron este instrumento internacional y que guarda armonía con el art. 339 de la Constitución que promueve las inversiones nacionales y extranjeras.

Y, el numeral 4 determina que: “En lo concerniente a las materias reglamentadas en el presente artículo, los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte Contratante del trato de la nación favorecida”, lo cual permite el adecuado desarrollo de este instrumento nacional aplicando prerrogativas a favor de las Partes suscriptoras de este tratado que se encuentre en una situación económica débil frente a la otra parte contratante.

En cuanto al artículo 5 del instrumento en análisis que establece la libertad de transferencia de pagos relacionados con sus inversiones de capital, en donde se determinan los capitales, rentas, amortizaciones de préstamos, del producto de la inversión de capital en caso de liquidación o enajenación total o parcial y las indemnizaciones; en ese sentido, es un artículo que permite hacer válido y operativo el objeto del tratado internacional; la Corte expresa que no existe contradicción con la Constitución, más bien señala que se adecua al art. 339 de la Constitución de la República.

17. Art. 323 de la Constitución de la República. Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

El artículo 6 del tratado hace referencia al proceso de subrogación en virtud de la cual si una Parte Contratante realiza pagos a sus nacionales o sociedades en virtud de una garantía otorgada para una inversión de capital en el territorio de la otra Parte Contratante, esta reconocerá el traspaso de todos los derechos de estos nacionales o sociedades a la primera Parte Contratante, bien sea por disposición legal o por acto jurídico. Además, la otra Parte Contratante reconocerá la subrogación de la primera Parte Contratante en todos estos derechos (derechos transferidos), los cuales estará autorizada a ejercer en la misma medida que el titular anterior. Adicionalmente, se determina que para la transferencia de los pagos en virtud de los derechos transferidos regirán mutatis mutandis los párrafos 2 y 3 del artículo 4 y el artículo 5 de este instrumento los que ya fueron analizados en líneas precedentes.

Del análisis de este artículo, la Corte observa que este contempla la posibilidad de subrogar el traspaso de derechos y el reconocimiento de aquello entre las partes contratantes, lo cual viabiliza el instrumento internacional, sin que esto comporte una contradicción con el texto constitucional.

Finalmente, en este análisis de los artículos compatibles con el texto constitucional, la Corte señala que en el artículo 11, se determina que “el presente Tratado regirá independientemente de que existan o no relaciones diplomáticas o consulares entre las Partes Contratantes”; y el artículo 12 establece los mecanismos para la entrada en vigor y vigencia de este instrumento internacional. Respecto a este tópico nada dice la Corte Constitucional en el dictamen, determinándose por ende de manera tácita su conformidad con el texto constitucional.

En cuanto al Protocolo adicional que complementa al instrumento internacional, la Corte Constitucional manifiesta que en el adendum al art. 1 se amplía el ámbito del concepto de inversión de capital a la preinversión, y de nacional de una Parte Contratante asumiendo que estas gozarán de igual protección, por ende aquello se encasilla a lo manifestado en el análisis del artículo 1 del presente instrumento internacional y por tanto son conceptos que guardan concordancia con el texto constitucional.

El adendum 2 amplía el ámbito de su protección a las zonas marítimas adyacentes al límite exterior del mar territorial del territorio nacional sobre las cuales la Parte Contratante concernida pueda ejercer soberanía. Denotándose que no existe contradicción de este artículo ni con el contenido del instrumento internacional principal, ni con la Constitución de la República.

El adendum 3 contiene elementos descriptivos que complementan el artículo 3 del instrumento internacional, en este sentido no se evidencia una contradicción con el texto constitucional.

El adendum 4 guarda relación con el artículo 4 del tratado principal que de manera general se refiere a la protección de las inversiones e indemnizaciones en caso de

expropiaciones, no existiendo contradicción de esta norma constante en el Protocolo con la Constitución.

El adendum 5 guarda concordancia con el artículo 5, numeral 2 del tratado y determina cuándo puede considerarse a una transferencia “sin demora”; en este sentido clarifica la aplicación de este artículo del tratado; considerándose el texto de este artículo del Protocolo como ajustado al texto constitucional.

Y finalmente, el adendum 6 hace referencia al transporte de mercaderías y personas que también gozarán de una protección en virtud de las inversiones de capital que realicen; en este sentido, se denota que este artículo del Protocolo guarda concordancia con el tratado principal y con la Constitución de la República.

Por lo antes expuesto, manifiesta la Corte Constitucional que tanto los artículos del Tratado Internacional como el Protocolo analizados guardan armonía con los artículos analizados en el texto principal del presente dictamen, no contraviniendo norma constitucional alguna.

B) NORMAS CONSIDERADAS INCONSTITUCIONALES

A continuación se analizarán las normas consideradas inconstitucionales por la Corte Constitucional por considerar que atentan la supremacía constitucional, los principios de legalidad, seguridad jurídica, y finalmente la prohibición de cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales de índole comercial.

Dentro de su análisis la Corte Constitucional determina que los artículos 7, 8, 9, y 10 del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital contienen normas que contravienen el texto constitucional, en la especie en cuanto a una aparente contradicción del artículo 7 con la supremacía y jerarquización normativa de la Constitución, artículo 8 del tratado, con el principio de seguridad jurídica y de los artículos 9, y 10 en cuanto a la prohibición constitucional de cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales de índole comercial. Al respecto, es menester señalar algunos elementos importantes del análisis efectuado por la Corte Constitucional.

En cuanto a la vulneración a la supremacía constitucional

La Corte manifiesta en cuanto al ámbito de aplicación de otras normas ajenas al presente tratado, el artículo 7 determina que:

(1) Si las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen del presente Tratado, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Tratado, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Tratado, en cuanto sea más favorable”; y adicionalmente “(2) Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones del capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio.

Para el análisis de este artículo, la Corte adopta una interpretación constitucionalista, valiéndose de principios como la supremacía constitucional y la aplicación directa de la Constitución, para llegar a la conclusión de que ninguna norma puede contravenir las disposiciones constitucionales.

Menciona la Corte que del análisis de este artículo y sus numerales se evidencia que aquella disposición permite la aplicación preferente de normas que consagren un trato más favorable a las inversiones, las cuales prevalecerán incluso por sobre el contenido de este tratado.

Dentro de aquella enunciación se observa que esta hace referencia a dos circunstancias en las cuales se podría aplicar esta preferencia normativa: disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de obligaciones emanadas del Derecho Internacional, lo cual a criterio de la Corte contraría el principio de supremacía de la normativa constitucional consagrada en el art. 424 de la Constitución de la República, en virtud de la cual: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales [...]”, llegando la Corte a la conclusión que cualquier disposición normativa del derecho interno de las Partes Contratantes, así como la normativa contenida en los instrumentos internacionales deben guardar armonía con el texto constitucional, por lo que no pueden ser aplicadas de manera preferencial sobre este tratado sin antes ser objeto de control respecto a su compatibilidad con las normas constitucionales.

Además, recuerda la Corte que el art. 425 de la Constitución de la República determina el orden jerárquico de aplicación de las normas en el Ecuador, que será el siguiente: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”; manifestándose adicionalmente que “en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”; por lo que, el aceptar

que una disposición normativa del derecho interno de una de las Partes Contratantes, por más que consagre un trato favorable para las inversiones no puede contradecir el orden jerárquico que establece la Constitución; en aquel sentido, una ley interna no podría contradecir el contenido de un instrumento internacional y mucho menos el de la Constitución de la República.

Finalmente, en cuanto a este tópico, la Corte manifiesta que el art. 417 de la Constitución consagra que: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución [...]”; por lo que, el aplicar directamente esta normativa más favorable a las inversiones podría en muchos casos contradecir el texto constitucional, lo cual atenta al principio de jerarquía normativa y supremacía de la Constitución lo cual generará ineficacia jurídica. Por lo tanto, este artículo, a criterio de la Corte Constitucional, contraviene el contenido de la Constitución de la República, y en ese sentido declara su inconstitucionalidad.

En cuanto al principio de seguridad jurídica

Respecto al artículo 8 la Corte Constitucional manifiesta que este consagra la protección de las inversiones de capital anteriores a la entrada en vigencia de este instrumento internacional, lo cual podría atentar contra la seguridad jurídica en el país.

ARTÍCULO 8

Protección de Inversiones anteriores

El presente Tratado se aplicará también a las inversiones de capital efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los nacionales o sociedades de una Parte Contratante a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última.

Para la Corte, aquello evidencia una contradicción con la naturaleza de los instrumentos internacionales y su fuerza normativa, señalando que de aceptarse el texto de ese instrumento internacional se atentaría al principio de legalidad, ya que de acuerdo a la Corte Constitucional los tratados, una vez ratificados por el país suscriptor a través de sus procedimientos constitucionales, se convierten en norma de derecho interno, manifestando que antes de aquello no tienen eficacia jurídica alguna, entendiéndose que las normas en el tiempo solo tienen aplicación para el futuro y por ende no tienen efecto retroactivo.

El artículo 8 del Tratado consagra la protección de las inversiones de capital anteriores a la entrada en vigencia de este instrumento internacional. Aquello evidencia una contradicción con la naturaleza de los instrumentos internacionales y su fuerza normativa, los mismos que una vez ratificados por el país suscriptor a través de sus procedimientos constitucionales se convierten en norma de derecho interno, pero antes no tienen eficacia jurídica.

dica alguna, por ende y en aplicación del principio de legalidad en cuanto a los efectos de las normas en el tiempo se ha de entender que las disposiciones contenidas en este instrumento internacional deben regir para lo venidero y no tener efecto retroactivo, más aún considerándose las particularidades y momento histórico distinto en virtud de las cuales fueron realizadas inversiones antes de la ratificación de este instrumento internacional. Como se puede observar del texto de este tratado de inversiones, sus artículos conceden ventajas o prerrogativas a las Partes Contratantes, por lo que el Estado ecuatoriano debe velar por el mantenimiento de la seguridad jurídica, la misma que se halla consagrada en el art. 82 de la Constitución y que “[...] se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Por lo expuesto, este artículo resulta ser inconstitucional.

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional determina además que el artículo 8 del tratado internacional atenta a la seguridad jurídica al retrotraer las prerrogativas a favor de las partes contratantes, a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia del presente instrumento internacional, lo cual, a criterio de la Corte Constitucional, no constituye un acatamiento a las normas jurídicas previas con las que fueron celebrados los contratos anteriores a la vigencia de este instrumento internacional, lo cual convierte a esta norma del artículo 8 en inconstitucional.

En cuanto a la prohibición de cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales de índole comercial

La problemática que se genera a partir de esta suscripción se ve plasmada en que los agentes que intervienen en el ámbito del derecho internacional son los estados soberanos, quienes en uso de esta soberanía asumen compromisos internacionales que deben ser cumplidos y respetados en apego al principio de buena fe internacional.

El artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁸ contiene una regla constitucional expresada en una obligación de no hacer, al prohibir la celebra-

18. Art. 422. No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

ción de tratados e instrumentos internacionales en los que nuestro país ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales de índole comercial, entre el Estado y personas nacionales o jurídicas privadas.

Es, precisamente, respecto a esta temática la denuncia solicitada por parte de la Presidencia de la República al considerar que mediante los acuerdos de inversión recíproca se estaría vulnerando este imperativo constitucional.

En cuanto al contenido del dictamen de constitucionalidad, se debe destacar que el artículo 9 determina el mecanismo de solución de divergencias entre las Partes Contratantes sobre la interpretación o aplicación del presente tratado, en donde se establecen los siguientes parámetros:

[...]

(1) Las divergencias que surgieren entre las Partes Contratantes sobre la interpretación o aplicación del presente Tratado deberán, en lo posible, ser dirimidas por los gobiernos de ambas Partes Contratantes por la vía diplomática”.

(2) Si una divergencia no puede ser dirimida de esa manera, en el plazo de seis meses contados a partir de la presentación formal del reclamo diplomático, esta será sometida a un tribunal arbitral, a petición de una de las Partes Contratantes.

(3) El Tribunal Arbitral será constituido *ad hoc*; cada Parte Contratante nombrará un miembro, y los dos miembros se pondrán de acuerdo para elegir como Presidente a un nacional de un tercer Estado que será nombrado por los gobiernos de ambas Partes Contratantes. Los miembros serán nombrados dentro de un plazo de dos meses, el Presidente dentro de un plazo de de tres meses, después de que una de las partes Contratantes haya comunicado a la otra que desea someter la divergencia de un tribunal arbitral.

(4) Si los plazos previstos en el párrafo 3 no fueren observados, y a falta de otro arreglo, cada parte Contratante podrá invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a proceder a los nombramientos necesarios.

En caso de que el Presidente sea nacional de una de las Partes Contratantes o se halle impedido por otra causa, corresponderá al Vicepresidente efectuar los nombramientos. Si el Vicepresidente también fuere nacional de una de las Partes Contratantes o si se hallare también impedido, corresponderá efectuar los nombramientos al miembro de la Corte que siga inmediatamente en el orden jerárquico y no sea nacional de una de las Partes Contratantes.

(5) El tribunal arbitral tomará sus decisiones por mayoría de votos. Sus decisiones son obligatorias. Cada Parte Contratante sufragará los gastos ocasionados por la actividad de su árbitro así como los gastos de su representación en el procedimiento arbitral; los gastos del Presidente, así como los demás gastos, serán sufragados por partes iguales por las dos Partes Contratantes. No obstante, el Tribunal Arbitral podrá determinar en su decisión que una mayor proporción de los gastos sea sufragada por una de las dos Partes Contratantes. Por lo demás, el tribunal arbitral determinará su propio procedimiento.

(6) Si ambas Partes Contratantes fueren también Estados contratantes del Convenio sobre “Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” de 18 de marzo de 1965, no se podrá, en atención a la disposición del párrafo 1 del artículo 27 de dicho Convenio, acudir al tribunal arbitral arriba previsto cuando el nacional o la sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante hayan llegado a un acuerdo conforme al artículo 25 del Convenio. No quedará afectada la posibilidad de acudir al tribunal arbitral arriba previsto en el caso de que no se una decisión del Tribunal de Arbitraje del mencionado convenio (artículo 27), o en el caso de traspaso por disposición legal o por acto jurídico, conforme al artículo 6 del presente Tratado”.

La Corte Constitucional, dentro de su control material, manifiesta que el artículo 9 del instrumento objeto de control establece los mecanismos de solución de las divergencias suscitadas de la aplicación e interpretación de este instrumento internacional, en circunstancias en que la divergencia no sea posible de ser solucionada por la vía diplomática; determinándose que la controversia debe ser solucionada por un Tribunal Arbitral por petición de las partes contratantes; desarrollándose en los distintos numerales que contempla este artículo la conformación del Tribunal Arbitral el cual será constituido *ad hoc*, se determina también la conformación del tribunal y la duración en sus funciones; además, la forma en que tomarán sus decisiones el Tribunal Arbitral.

La Corte es muy precisa al determinar que el presente artículo atenta a la disposición constitucional contenida en el art. 422 que determina: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje comercial internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

Manifiesta que este instrumento internacional se encasilla dentro de las causales de índole comercial y que respecto a la norma constitucional es muy clara. Además, conforme se desprende del informe aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 2010, el presente instrumento se encasilla dentro de las causales contempladas en el artículo 419 de la Constitución de la República y en la especie en su numeral 6 ya que compromete al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial como son las inversiones.

Señala que el artículo 1 del tratado, al mencionar el concepto de inversiones de capital, es muy claro al determinar que estas involucran actividades que están relacionadas con el ámbito comercial. De igual modo, el numeral 5 del artículo en análisis determina que las decisiones de este tribunal serán obligatorias, y que el Tribunal Arbitral determinará su propio procedimiento, lo cual sitúa a la decisión adoptada de cierta arbitrariedad en cuanto a su pronunciamiento, al no establecerse procedimientos claros respecto a su actuación.

Expresa que la norma constitucional señala claramente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional; lo cual en concordancia con el análisis del artículo 7 antes revisado atentaría contra el principio de supremacía constitucional, en el sentido que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones pero en contradicción con la Constitución de la República; en ese sentido, el mantener este mecanismo de solución de conflictos atentaría contra el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales.

La Corte realiza una extensión del principio de supremacía constitucional al artículo 9 del tratado internacional y manifiesta que acorde a la corriente constitucionalista nada está exento del control de constitucionalidad, por ende no se puede permitir la creación de estos tribunales *ad hoc* para la solución de controversias que se suscitaren del presente tratado, aquello iría en contra no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República, atentándose contra el art. 422 de la Constitución.

En cuanto a la excepción de la disposición constitucional contenida en el art. 422 “[...] los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”;¹⁹ manifiesta que, aquello guarda coherencia con el art. 423 que proclama la integración del Ecuador y Latinoamérica, en sus numerales 1 y 7 que propenden a impulsar la integración económica y el comercio regional; así como favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional tendientes a la integración regional. Aquello está determinado por el compromiso del Ecuador a mantener un proceso de integración regional permanente así como lograr un proceso de integración profundo con sus pares latinoamericanos.

Empero, el análisis del art. 9 de este instrumento internacional manifiesta que “el mismo no tiende hacia un proceso de integración regional, sino a un instrumento que compromete a los estados, particulares y sociedades del Ecuador y Alemania en un tema específico que son las inversiones, por ende, el mismo no se encasilla dentro de la salvedad que contempla el texto constitucional”; con estas consideraciones, la Corte colige que el artículo 9 del tratado internacional objeto en análisis es claramente contrario a la Constitución de la República del Ecuador.

19. Inciso segundo del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador.

El artículo 10 del tratado en análisis continúa con los mecanismos de solución de divergencias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, determinándose en la especie que “Las divergencias relativas a las disposiciones del presente Tratado entre una Parte Contratante y nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas”, sin embargo, conforme lo determina el numeral 2:

Si una divergencia no puede ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contados desde la fecha en que una de las Partes en litigio la haya hecho valer, será sometida a petición del inversionista: (a) a un tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión; (b) a un tribunal arbitral cuya competencia haya sido previamente convenida por las Partes Contratantes.

En este sentido y de conformidad a lo expuesto en el análisis del artículo precedente, la Corte, siguiendo su línea argumentativa, evidencia que por expresa prohibición constitucional esta divergencia no puede ser sometida a un Tribunal Arbitral, puesto que aquello implicaría ceder la jurisdicción soberana del Estado ecuatoriano a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Ecuador y personas naturales o jurídicas privadas como es el caso del presente artículo del tratado internacional. Por lo expuesto, a criterio de la Corte Constitucional, la solución de controversias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, que constituye un Estado en los asuntos que regula este tratado por mandato constitucional no podría someterse a un tribunal de arbitraje.

Manifiesta que el artículo 10 del tratado en consideración se refiere a la inclusión de un organismo independiente como mediador de conflictos en cuanto las partes no llegasen a solucionar amigablemente las controversias, para ello consideran necesario someterse al arbitraje internacional conforme al “Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” (CIADI), suscrita por el Estado ecuatoriano el 18 de marzo de 1965; sin embargo, precisa que el Estado ecuatoriano mediante Decreto Ejecutivo No. 1823, publicado en el Registro Oficial No. 632 de 13 de julio de 2009, se retiró del arbitraje internacional, por tanto no estaría vinculado a este arbitraje internacional.

Adicionalmente, menciona la Corte Constitucional que aquellas resoluciones provenientes de estos Tribunales *ad hoc* podrían generar serios perjuicios al Estado ecuatoriano que, como parte del presente tratado, representa a los intereses de todos los habitantes de nuestro país; en aquel sentido, se atentaría al art. 416 de la Constitución de la República que determina:

Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en conse-

cuencia: [...] 12.- Fomenta un nuevo Sistema de Comercio e Inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

Por las consideraciones antes expuestas, la Corte Constitucional determina que el artículo 10 del tratado internacional resulta ser inconstitucional.

COMENTARIO AL DICTAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El imperativo de los diversos estados del orbe para captar capitales externos obligó a que se flexibilicen ciertos marcos decisionales internos de los estados, entre los cuales se encontraba la solución de controversias que devinieren de conflictos comerciales internacionales.

En nuestro contexto, la crisis económica por la que ha atravesado nuestro país, al igual que la mayoría de países latinoamericanos a lo largo de su historia ha generado que el Estado ecuatoriano busque permanentemente inversiones extranjeras como mecanismo de fomento de su economía; empero, esta búsqueda de inversiones a su vez generó compromisos internacionales de índole comercial, especialmente en cuanto a los mecanismos de solución de controversias.

Es así como en 1965, a través de la Convención de Washington, se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el que uno de sus principales pilares es la cesión de la jurisdicción de los países al procedimiento arbitral excluyente de cualquier otro recurso de jurisdicción interna, instrumento internacional contra el que el contexto constitucional ecuatoriano vigente, generó serios cuestionamientos respecto a tratados internacionales que contemplen este mecanismo de solución de conflictos frente a una posible cesión de jurisdicción soberana en asuntos en que el Estado mantiene intereses económicos.

La problemática planteada en este dictamen de constitucionalidad está determinada por el nivel de regulación en cuanto a compartir competencias jurisdiccionales con otras instancias internacionales, posición que confronta la soberanía estatal interna con la dinámica comercial internacional, puesto que en el contexto internacional, la solución de controversias en el ámbito del derecho comercial está determinada por el reconocimiento del arbitraje comercial internacional como un sistema apropiado para la solución de controversias.

El profesor Martin Hunter manifiesta:

[...] Muchos de nosotros debemos aceptar que es cosa del pasado los días en que los tribunales nacionales eran expresamente escogidos por las partes como foro para resolver los conflictos derivados del comercio internacional. Ahora, su papel en la resolución de controversias de este tipo surge típicamente cuando las partes han omitido hacer una escogencia expresa en los contratos, Los tribunales nacionales son, en consecuencia, un foro residual [...].²⁰

En esta línea de defensa del arbitraje comercial internacional, Susan Karamanian manifiesta:

[...] El arbitraje de los conflictos internacionales promueve el orden, la certeza y la eficiencia; permite a las partes sustraer una potencial controversia de una eventual corte extranjera hostil; las faculta para que sus disputas sean decididas por aquellos escogidos por las mismas y, en muchas ocasiones, tiene el beneficio adicional de la confidencialidad. [...] La comunidad mundial, como tal, se benefició [del arbitraje internacional] por que los conflictos son resueltos efectiva y eficientemente, sin costos directos para ella.²¹

Finalmente, Sergio Quintero Rubianogroot es otro defensor del arbitraje comercial internacional, y manifiesta:

¿Podríamos imaginar... un sistema de mercado tan grande y cada vez más sin fronteras si no dispusiéramos de mecanismos legales rápidos y eficaces que aseguraran los efectos derivados de los contratos? ¿O sería factible el tan “polémico” proceso de globalización si no existiera la posibilidad de celebrar contratos internacionales cuya jurisdicción fuera neutral para las partes y de esa manera aproximarse mucho más al sentido objetivo que el dirimente ha de observar en la resolución de conflictos, generando así mayor confianza en los intervinientes del mercado? Es evidente que las respuestas son claramente negativas, y por ello cada vez más la institución del arbitraje toma fuerza en el mundo del tráfico comercial.²²

Como se ha descrito en líneas anteriores, la corriente internacional promueve el empleo de estos medios de solución de diferencias en materia comercial, sin embargo, nuestro país ha optado por mantener una preponderancia de la soberanía estatal en materia comercial internacional.

20. Martin Hunter, *Internacional Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century, Arbitration International*, Nottingham/London, Court of International Arbitration, vol. 16, No. 4, 2000, p. 381.

21. Susan Karamanian, *Overstating the “Americanization” of International Arbitration: Lessons from ICSID, Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, No. 19, 2003, p. 33.

22. Sergio Quintero, “Ordenamientos colombiano, español y británico”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, julio de 2002, disponible en [www.servilex.com].

En cuanto a esta inmunidad soberana, esta parte históricamente del principio “*par in parem no habet imperium*”,²³ en virtud del cual un Estado no está sujeto a la jurisdicción de su par; este principio ha sido recogido por el constitucionalismo ecuatoriano en la norma del artículo 422 de la Constitución.

Esa posición del Estado ecuatoriano ha generado álgidos debates y serios cuestionamientos a nivel internacional; así, existen críticos a este dictamen de la Corte que manifiestan que tal como está concebida la regla del artículo 422 de la Constitución, aquella esta direccionada hacia una relación de índole comercial que se suscite entre el Estado ecuatoriano y personas particulares, sean naturales o jurídicas, mas no en el caso de relaciones internacionales entre estados y menos aún cuando exista de por medio un tratado internacional de inversiones recíprocas, en que las relaciones de índole comercial superan el carácter contractual y adquieren una categoría suprallegal. Se genera entonces una relación internacional en el plano intergubernamental, que en aplicación de las normas contenidas en el derecho internacional, impide la modificación unilateral por el país receptor de la inversión, y por tanto, la tesis de que el Estado debe velar por el interés general y el principio de soberanía estatal no implica el desconocimiento de lo pactado internacionalmente, puesto que se debe respetar el principio fundamental del derecho internacional plasmado en el *pacta sunt servanda*, que se constituye en el elemento esencial de la buena fe internacional y que a su vez genera una seguridad y confianza internacional de fiel cumplimiento de lo pactado.

En cambio, quienes defienden la posición soberana del Estado, justifican sus argumentos manifestando que la Constitución ecuatoriana a lo largo de su texto consagra una preeminencia de la soberanía estatal; así, el artículo 1 de la Constitución de la República, no solo consagra al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y de justicia, denotando un cambio paradigmático en el modelo de Estado vigente, sino que además dentro de sus elementos constitutivos atribuye la característica de la soberanía al ente estatal. Adicionalmente, entre los deberes primordiales del Estado, el artículo 3 de la Constitución consagra el garantizar y defender la soberanía estatal, encontrando los defensores de esta línea en las normas constitucionales su principal herramienta para justificar esta soberanía estatal en el ámbito de la solución de conflictos internacionales en materia comercial.

23. En 1812 el juez Jhon Marshall en Estados Unidos en el caso denominado “The Schooner Exchange vs. McFaddon”, recogió este principio al desestimar la acción de dos ciudadanos americanos en contra de un buque de guerra francés (el Balaou) que había decidido atracar en Filadelfia por e mal tiempo, en donde los demandantes alegaban era su propia embarcación (el Shooner Exchange), ilegalmente apropiada por Napoleón y convertida en navío de combate. El fundamento de la decisión fue la imposibilidad de que Francia pudiera ser demandada ante los tribunales norteamericanos. Citado de <http://press-pubs.uchicago.edu>

La Corte Constitucional claramente se identifica con una corriente constitucionalista para el control formal y material de este instrumento internacional, contrastando las disposiciones atinentes a la cesión de soberanía a instancias arbitrales en materia comercial, con disposiciones constitucionales que propenden la supremacía de la Constitución y la armonía de la normativa internacional con su texto como condición indispensable para su validez. Así, manifiesta que lo que se busca a través de las inversiones es el desarrollo nacional, por tanto aquello debe guardar también concordancia con la Constitución de la República, “defiende que la observancia de las normas constitucionales es condición esencial para la validez de los tratados”.²⁴

Esta corriente constitucionalista y la doctrina de la soberanía estatal en el ámbito jurisdiccional ha sido recogida por parte del Estado ecuatoriano; criterios como los del ex Procurador General del Estado así lo evidencian cuando señala: “El Estado tiene ciertas atribuciones y competencias que le son exclusivas en el orden interno, tal como las potestades soberanas de legislar, gobernar y juzgar. Estas competencias privativas del Estado no deben cederse ni limitarse por el solo hecho de suscribir un tratado o convenio internacional”.²⁵

Para esta línea, la regla constitucional contenida en el artículo 422 es clara y resulta ser determinante dentro del análisis que realiza la Corte Constitucional en estos tratados de inversiones recíprocas para declarar la inconstitucionalidad parcial de sus normas; y en cuanto a la excepción de esta regla, manifiesta que se la debe realizar de manera expresa dentro del texto constitucional, conforme lo reconoce nuestra Carta Fundamental cuando establece la salvedad para organismos regionales de integración “[...] la cesión no se haga de manera totalmente libre o incondicionada [...] la Constitución sujeta la cesión de poder a condiciones y límites, a veces expresos, a veces implícitos, a veces deducidos por la jurisprudencia ordinaria y constitucional”.²⁶

24. Marco Monroy Cabra, *Derecho de los Tratados*, Bogotá, Leyer, 1995, p. 348.

25. Xavier Garaicoa, “Interpretación Jurídica sobre el Tratado Bilateral de Inversiones”, en *Soberanía: actitud indeclinable*, Quito, Procuraduría General del Estado, 2007, p. 11.

26. *Ibid.*

CONCLUSIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DENUNCIA DEL “TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA SOBRE FOMENTO Y RECÍPROCA PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE CAPITAL”

La Constitución ecuatoriana ha determinado dentro de su jerarquización normativa la ubicación de los tratados e instrumentos internacionales como normas supra legales pero infraconstitucionales, por tanto, ninguna disposición contenida en una norma internacional puede contravenir el texto de la Constitución de la República, ubicándola claramente dentro de una corriente constitucionalista, en que se busca la armonización de la normativa nacional e internacional como condición de validez formal y material de estas disposiciones.

Esta tesis no es exclusiva del Ecuador, estados como Argentina también lo han plasmado a través de su jurisprudencia así:

El estatus del acto de adhesión a las reglas del CIADI es de superioridad en relación con la ley y de inferioridad con relación a la Constitución. [...] Ello es así por cuanto la vocación aperturista del sistema jurídico argentino hacia el sistema jurídico internacional incorporada en la reforma de 1994 se encaminó a privilegiar claramente la jerarquización de los derechos humanos estricto sensu (desde los contenidos) y la participación de nuestro país en distintas variantes de integración (desde lo organizativo); no eliminó las fronteras del bloque normativo local ni subvirtió la jerarquía jurídica establecida en el art. 31 de la Constitución. Volviendo al tema en análisis; las reglas de procedimiento CIADI no están exentas del control de constitucionalidad argentino, como no lo está exento cualquier norma con jerarquía inferior a la máxima.²⁷

Frente a esta disposición jerárquica normativa, el constitucionalismo ecuatoriano ha previsto un control íntegro de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico; en el ámbito de los instrumentos internacionales, este se encuentra determinado por el denominado control automático de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, en virtud del cual la Corte Constitucional, a través de un ejercicio hermenéutico, ha establecido que no solo el control que realiza es respecto al procedimiento y si requiere o no aprobación legislativa conforme el art. 419 de la Constitución, sino que ha establecido que se realizará un control automático que

27. Horacio Rosatti, “Globalización, estatidad y derecho (Argentina y el CIADI)”, en *Transnational Dispute Management*; vol. 2, No. 1, S/L, 2005, p. 14.

comprende además del análisis de forma también un control material o de fondo respecto a la constitucionalidad del instrumento.

Dentro del caso específico, la Corte Constitucional llega a determinar que a la fecha en la que se celebró el instrumento internacional –21 de marzo de 1996– las disposiciones contenidas en los artículos del convenio eran concordantes con lo que establecía el Capítulo VI “De Los Tratados Internacionales” de la Constitución de 1998 (arts.161, 162 y 163), vigente a esa fecha, llegando a la conclusión de que el tratado internacional fue constitucional a la fecha de su celebración; empero, realiza una equiparación del instrumento celebrado con la Constitución de 2008 vigente y determina que las condiciones constitucionales han cambiado, señalando que ahora el control constitucional de los tratados internacionales se lleva a cabo de una manera más concreta, debiendo responder las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional a los verdaderos intereses del pueblo ecuatoriano.

En el presente caso se puede observar que frente a una brecha interpretativa amplia en materia de denuncia de tratados e instrumentos internacionales, la Corte Constitucional para el período de transición realiza una adecuación de la ratificación y emprende en un ejercicio hermenéutico similar, cuando debido a su naturaleza la denuncia de instrumentos internacionales obedece a procedimientos diferentes debido a que ya existen compromisos internacionales que deben ser respetados, lo que no sucede con el control previo a la ratificación de constitucionalidad por parte de las asambleas. Esta circunstancia parece no haber sido analizada por la Corte al momento de dar paso a la denuncia de los tratados de inversión recíproca.

Lo que plantea la Corte es redefinir el control a partir de una supremacía del derecho constitucional interno por sobre el internacional. Esto se evidencia con la obligatoriedad y vinculatoriedad del dictamen de la Corte Constitucional antes de asumir un compromiso internacional, e incluso a través de esta línea hermenéutica se lo hace extensivo también en el caso de denuncias, con lo cual se está habilitando un control de constitucionalidad a posteriori de instrumentos internacionales que se encuentran en vigor e integrados dentro del ordenamiento jurídico interno.

En América Latina, por las razones antes expuestas, se ha venido desarrollando paulatinamente la aceptación del sistema arbitral como método de solución de controversias en el ámbito comercial internacional. Nuestro país ha optado por una invocación de la negativa a este sistema arbitral comercial internacional en cuanto a la cesión de su potestad jurisdiccional soberana, lo cual contraviene el diseño institucional de la mayoría de países del continente.

El Estado ecuatoriano forma parte del contexto internacional en donde ha quedado evidenciada la permanente interdependencia de los distintos estados del orbe. Fenómenos como la integración, la globalización y la economía son imperativos a los cuales ningún país del mundo puede dejar de observar. El asumir compromisos inten-

cionales de buena fe refleja la seriedad y confianza en la comunidad internacional, siendo la mejor carta de presentación de un Estado ante la comunidad internacional.

El respeto de los instrumentos internacionales celebrados por parte de los estados Parte a través del principio *pacta sunt servanda* se configura como un mecanismo que propende al respeto de la seguridad jurídica en el concierto internacional, para no caer en acciones discrecionales por parte de los estados receptores de inversiones.

Este dictamen genera efectos que desmotivan la inversión, por cuanto no se establecen reglas claras y frente a la posibilidad de una modificación unilateral de los términos y condiciones en cuanto a los inversionistas extranjeros. Los resultados han generado serios cuestionamientos por cuanto no se da cumplimiento a principios del derecho internacional como la buena fe y estar a lo pactado.

Una de las características de los tratados bilaterales de inversión es generar una confianza de los inversionistas; sin embargo, a través de este dictamen se genera una desconfianza colectiva en los procesos de inversiones recíprocas entre el Ecuador y otros países. Sobre la decisión de la Corte, este organismo determina que solo ciertos artículos del instrumento internacional están en contradicción con el texto constitucional, por tanto, considera que no es menester denunciar todo el tratado internacional sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional, en la especie los relacionados con el arbitraje comercial internacional, previniendo al órgano legislativo que dentro de aquel instrumento internacional es importantísimo establecer los mecanismos de solución de las diferencias, los cuales deben establecerse de común acuerdo entre las partes contratantes, pero respetando los preceptos constitucionales.

Consideramos que se pudo renegociar los tratados de inversión recíproca antes de proceder a su denuncia, más aún considerando que la inversión es un motor del desarrollo de un país como el Ecuador. Es por ello que dentro de la esfera económica, el Estado ecuatoriano tiende a promover estas inversiones enmarcadas en la planificación económica del país, así lo consagra el artículo 339 de la Constitución que manifiesta:

Art. 339. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión.

Finalmente, resumiremos nuestra posición manifestando que a través de este dictamen la Corte Constitucional genera inseguridad jurídica al interior del Estado y en el ámbito de las relaciones internacionales, puesto que realiza una denuncia unilateral desconociendo compromisos adquiridos con antelación por estados soberanos, lo cual atenta contra principios básicos del derecho internacional como el *pacta sunt servanda*, buena fe, e improcedencia de alegar normas del derecho interno para justificar el incumplimiento de instrumentos internacionales, dejando al país en mal precedente ante la comunidad internacional como un Estado que no da cumplimiento a los compromisos internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2003.
- Fernández, Enrique, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Gamboa, Nicolás, *Apuntes sobre arbitraje internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- Garaicoa, Xavier, “Interpretación Jurídica sobre el Tratado Bilateral de Inversiones”, en *Soberanía: actitud indeclinable*, Quito, Procuraduría General del Estado, mayo, 2007.
- Hunter, Martin, *International Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century*, *Arbitration International*, Nottingham/London, Court of International Arbitration, vol. 16, No. 4, 2000.
- Karamanian, Susan, *Overstating the ‘Americanization’ of International Arbitration: Lessons from ICSID*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, No. 19, 2003.
- Monroy Cabra, Marco, *Derecho de los Tratados*, Bogotá, LEYER, 1995.
- Montaño Galarza, César, “Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.
- Quintero, Sergio, “Ordenamientos colombiano, español y británico”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, julio de 2002, disponible en [www.servilex.com].
- Rosatti, Horacio, “Globalización, estatidad y derecho (Argentina y el CIADI)”, en *Transnational Dispute Management*, vol. 2, No. 1, S/L, enero de 2005.

Soto, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho Arbitral*, t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

Ymaz Videla, Esteban, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

NORMAS

Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449, 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Segundo Suplemento-R.O. No. 52, 22 de octubre de 2009.

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Suplemento-R.O. No. 127, 19 de febrero de 2010.

Fecha de recepción: 14 de agosto de 2012
Fecha de aprobación: 9 de septiembre de 2012

Colaboradores

María Paz Ávila Ordóñez: ecuatoriana, abogada, Universidad del Azuay; Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Becaria de la Universidad del Azuay y de la Universidad Andina Simón Bolívar por mérito académico; Visitante Profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *pacita_avila@hotmail.com*

Gustavo Guerra Bello: ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diplomado Superior en Economía y Finanzas; Magíster en Relaciones Internacionales, mención en Negociaciones Internacionales y Manejo de Conflictos, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y otros centros de educación superior. *gguerra@andestrat.com*

Stefan Kirchner: alemán, Magíster Juris Internationalis de Justus-Liebig-University en Giessen, Alemania; Referendar juris y Assessor juris de la Oficina Estatal de Evaluaciones Legales del Estado de Hesse, Wiesbaden, Alemania; Estudiante Doctoral de Derecho en Justus-Liebig-University en Giessen, Alemania; Candidato Doctoral en Ciencias Sociales en Vytautas-Magnus-University en Kaunas, Lithuania, y Mykolas-Romeris-University en Vilnius, Lithuania. Abogado, Agencia Federal Marítima e Hidrográfica de Hamburg, Alemania; Profesor visitante e investigador de la Facultad de derecho de Vytautas-Magnus-University in Kaunas, Lithuania. *kirchnerlaw@yahoo.com*

María José Luque Macías: ecuatoriana, abogada, Universidad Católica Santiago de Guayaquil; Magíster legum, LL.M., Universität Potsdam-Potsdam; Estudiante de Doctorado, Friederich Alexander Universität Erlangen-Nürnberg. *mape_lm@hotmail.com*

Christian Masapanta Gallegos: ecuatoriano, licenciado en ciencias públicas y sociales; y abogado y Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; Magíster en Derecho, mención en Derecho Constitucional, UASB-E; Magíster en Integración, mención Política Exterior, UASB-E, Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *chrismagall@msn.com*

Nicolás Marcelo Perrone: argentino, abogado, Universidad de Buenos Aires; Magíster en Relaciones y Negociaciones Internacionales, FLACSO/San

Andrés/UB; Magíster en Derecho, y actualmente, está finalizando sus estudios de doctorado en la London School of Economics and Political Sciene; investigador en el Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (UBA). *n.m.perrone@lse.ac.uk*

José Gustavo Prieto Muñoz: ecuatoriano, abogado y Doctor en Jurisprudencia, Universidad de las Américas, Ecuador. Diploma Superior y Magíster en Derecho Internacional Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Profesor e Investigador en Derecho Internacional Económico, de Inversiones y Derecho Internacional Comercial. *gprieto@inteclawgpm.com*

Normas para colaboradores

1. La revista *Foro* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de Derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en soporte digital a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Área de Derecho.

Av. Toledo N22-80

Quito - Ecuador

Fax (593 2) 322 8426

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436

Dirección electrónica: mariajose.ibarra@uasb.edu.ec

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:

Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office Word, con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.

La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55.000 caracteres, aproximadamente.

Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha. Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas). Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave que establezcan los temas centrales del artículo.

Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.

Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera: Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo:

Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Por ejemplo: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador *20 años*

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

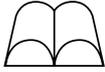
César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <ealban@corpmyl.com>, <mariajose.ibarra@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:*

Ecuador: US \$ 35,84

América: US \$ 78,40

Europa: US \$ 89,60

Resto del mundo: US \$ 108,64

Valor del ejemplar suelto:* US \$ 10,10

* Incluye 12% del IVA.

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <ventas@cenlibrosecuador.org>

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>



Jorge Luis Carrión, *Los tributos parafiscales en la Comunidad Andina*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2012.

La obra desarrolla un estudio de derecho comparado con respecto a los tributos parafiscales en los países miembros de la Comunidad Andina, y un análisis de otros Estados que no pertenecen a ella: Argentina, México y España. Se trata de una investigación sobre los tributos parafiscales, sus particularidades y las diferencias con los tributos tradicionales, que permite evidenciar que la parafiscalidad constituye una realidad que está presente en todos los países que conforman la CAN.

Alex Valle, *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2012.

Esta obra inicia con un recorrido histórico de la garantía del amparo constitucional y su posterior evolución en los sistemas constitucionales de Latinoamérica, poniendo énfasis en el desarrollo que el tema ha tenido en el Ecuador. El estudio se plasma en el análisis cuantitativo y cualitativo de la acción de amparo durante el periodo 1997-2004, seleccionando para el análisis una muestra técnicamente representativa de las resoluciones existentes, con la que se elaboraron variables de estudio que identifican el tipo de derechos reclamados, su origen jurisdiccional y geográfico, los tipos legitimarios y las motivaciones formales y de fondo de las resoluciones, identificando las falencias y fortalezas de la acción de amparo, a tal punto que se sustentan varias reformas realizadas en la Constitución de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

20 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

